

J. rom. c.

310 *wd*

The image shows the front cover of an old book. The spine is made of dark brown leather and is visible on the left side. The main part of the cover is decorated with a marbled paper pattern. This pattern consists of large, irregular, light-colored (beige or cream) spots or 'stones' that are scattered across a darker background. The background is a mix of dark brown, black, and reddish-brown colors, with some areas showing a more uniform dark brown. The marbling has a classic, aged appearance. In the top left corner, there is a small, rectangular yellow label with black text. The text on the label reads 'J. rom. c.' on the first line and '310 *wd*' on the second line. The label is slightly worn and has a thin black border.

J. Tom. C^e

Thibaut

310 wd

<36622497670019

<36622497670019



Bayer. Staatsbibliothek

Theorie
der
logischen Auslegung
des
Römischen Rechts

von
A. F. J. Thibaut,

Hofrath und Professor des Rechts in Heidel-
berg; Correspondenten der kaiserlichen
Gesetzcommission in Petersburg.



Zweyte vermehrte und verbesserte Ausgabe.

Altona,
bey Johann Friedrich Hammerich
1806.

Sammlung



Handwritten signature or mark at the bottom left corner.

V o r r e d e

zu der ersten Ausgabe.

Schon seit einigen Jahren arbeite ich an einer systematischen und vollständigen Hermeneutik des Römischen Rechts, deren Vollendung aber, wie ich jetzt einsehe, nicht das Werk des kurzen Zeitraums ist, in welchem ich Anfangs meinen Zweck zu erreichen hoffte. Die bisher erschienenen Schriften dieser Art verdienen kaum den Namen eines Systems, und sind im Wesentlichen so mangelhaft, daß die meisten Materialien, deren man bedarf, erst durch eine lange und anhaltende

Lectüre zusammen gebracht werden können.

Da die Lehre von der logischen Interpretation besonderes Interesse für mich hat, und die Bearbeitung derselben keinen grossen Aufwand von Gelehrsamkeit erfordert: so lasse ich die Theorie derselben schon jetzt, als Probe, dem Ganzen vorangehen. Ich werde den Hauptzweck, warum ich zunächst dem Publiko diese Schrift mittheile, ganz erreicht haben, wenn man meine Arbeit einer strengen Critik unterwirft, und mich dadurch in den Stand setzt, dereinst etwas besseres und vollendetes zu liefern.

Dass sich auch diese Schrift nicht durch einen Apparat gelehrter Citate weitläufig

zu machen gesucht habe, wird mir hoffentlich von dem vorurtheilsfreyen Theil meiner Leser, welcher es weifs, wie leicht und nutzlos eine solche Arbeit ist, nicht verdacht werden. Auch fürchte ich keine Vorwürfe darüber, dafs ich manche dem gesunden Verstande von selbst auffallende Sätze, auf deren Entwicklung andre hauptsächlich ihre Kraft verwandten, ganz übergegangen habe. Hin und wieder mußte ich freylich einen einzelnen, nicht unerheblichen Punkt übergehen, weil die Erörterung desselben zu sehr von andern, jetzt ausser meinem Gebiet liegenden Materien abhing; doch hoffe ich, dafs in dem Ganzen kein wesentlicher Grundsatz fehlen wird.

Nach meiner Absicht soll die logische Interpretation, im gewöhnlichen Sinn, der einzige Gegenstand dieser Schrift seyn, und man darf daher keine Logik für Juristen, so wichtig diese Wissenschaft auch ist, von mir erwarten. Was davon in die Hermeneutik gehört, kann nur in dem allgemeinen Theil derselben, und in der Lehre von der grammatischen Interpretation seinen Platz finden.

Kiel den 15ten April 1799.

A. T.

V o r r e d e

der zweyten Ausgabe.

Diese Schrift erscheint jetzt in vieler Rücksicht umgeändert, und, wie ich hoffe, verbessert; aber dennoch wird sie gewifs nicht jede Forderung und Erwartung befriedigen. Was mir dabey zur Last fällt, will ich mir gern tadelnd vorwerfen lassen, nur wünsche ich, dafs man den ursprünglichen Zweck dieser Schrift nicht aus dem Auge verliere, und sich erinnere, dafs ich blofs zur Probe das Bruchstück eines gröfsern Ganzen liefern wollte, wobey denn manches sich nicht so scharf, bestimmt

und vollständig fassen liefs, als es in der Verbindung mit dem Ganzen gestellt werden kann. Auch läfst sich durch die Feile nicht alles wegnehmen und verrücken, was bey der ersten Ausarbeitung, wenn man dabey schon später erworbene Ansichten gehabt hätte, besser würde angelegt und dargestellt seyn.

Heidelberg den 1ten Sept. 1806.

A. T.

Inhaltsanzeige.

Einleitung.

Allgemeine Vorbegriffe. §. 1 — 5.

Erster Theil.

Ueber die logische Auslegung des Rechts überhaupt.

Erstes Capitel.

Eintheilungen und allgemeine Grundsätze.

I) Arten der logischen Auslegung. §. 6. 7.

II) Grundsätze darüber.

1) Beweis des Geistes der Gesetze. §. 9.

2) Unzulässigkeit bey göttlichen Gesetzen. §. 10.

3) Begründung derselben durch Gesetze. §. 11.

Zweytes Capitel.

Ueber die Arten der logischen Auslegung.

Erste Unterabtheilung.

Ueber die logische Auslegung nach der Absicht des Gesetzgebers.

I) Deren Zulässigkeit und Umfang. §. 12.

II) Mittel die Absicht zu erkennen.

1) Besondere Aeufserungen. §. 13.

2) Allgemeine Grundsätze.

A) Bey allen Arten der Gesetze. §. 14.

B) Bey zweydeutigen Gesetzen. §. 15.

Inhaltsanzeige.

Zweyte Unterabtheilung.

Ueber die logische Auslegung nach dem Grunde des Gesetzes.

I) Grundsätze, besonders über ratio legis und ratio decidendi. §. 16.

II) Arten.

1) Ausdehnende Erklärung. §. 17 — 21.

2) Aufhebende. §. 22 — 25.

3) Vermischte. §. 26.

4) Den Worten nicht widerstrebende. §. 27.

III) Anhang über Analogie. §. 28.

Dritte Unterabtheilung.

Ueber das Verhältniß der einzelnen Arten der Auslegung zu einander. §. 29.

Zweyter Theil.

Ueber die logische Auslegung des Römischen Rechts insbesondere. — Dieser Theil enthält nur einzelne Bemerkungen. §. 30. und zwar folgende:

I) Ueber Erweiterung einer Vorschrift auf jeden gleichen Fall. §. 31.

II) Ueber Bildung allgemeiner Principien. §. 32.

III) Ueber Häufigkeit der rationum decidendi, und verba enunciativa. §. 33.

IV) Ueber Falschheit der Gründe. §. 34.

V) Ueber Bestärkungsgründe. §. 35.

VI. Erklärung aus der jetzigen Verbindung. §. 36. 37.

VII) Erklärung unbestimmter Entscheidungen des Codex, §. 38.

VIII) Studium der Inscriptionen. §. 39. 40.

IX) Nutzen des Ante- und Post- Justinianeischen Rechts. §. 41. 42.

X) Kenntniß der stoischen Philosophie und der Secten der Juristen. §. 43.

XI) Bemerkungen über Zulässigkeit der Kritik. §. 44.

Einleitung.

Allgemeine Vorbegriffe *a*).

§. I.

Jeder, welcher sich einer Rede bedient. hat zur Absicht, durch dieselbe gewisse Gegenstände zu bezeichnen, und diese, als Gegenstand der Rede zu denkenden Objecte werden im eigentlichen Verstande der Sinn derselben genannt. Wird dieser Sinn aus Gründen entwickelt, so nennt man dieß Auslegung (*interpretaatio*); die Rede sey nun an sich dunkel, und insofern einer Erklärung bedürftig, oder nicht *b*). Ein System solcher Regeln zur Auslegung der Ge-

a) Hievon handeln auch: (Hübner) Bericht. u. Zusätze zu dem Instit. des Röm. Rechts. Leipzig 1801. S. 171 — 190. G. S. Teucher de natura et formis interpr. et hermeneutices civilis observatt. Spec. I. 2. Lips. 1804. K. S. Zachariae, Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts. Meissen. 1805. F. Schoemann, Handbuch des Civil-Rechts. 1. B. Gießen. 1806. S. 65 — 137.

b) L. 1. §. II. de ventre inspici. Meine Versuche 2. B. 9. Abh.

setze wird juristische Auslegungskunst (hermeneutica juris) genannt.

§. 2.

Wer consequent denkt, und sich vollkommen ausdrückt, wird durch die Worte gerade dasjenige sagen, was er sagen will, und was ersagen sollte. Bey vollkommenen Gesetzen wird also dasjenige, was der Gesetzgeber nach den Gründen, worauf seine Vorschrift beruht (ratio legis) sagen sollte, mit dem, was er durch die Worte gesagt hat (dem Wortverstande des Gesetzes) coincidiren, und mit diesem (d. h. mit den Ideen, welche der gemeine Redegebrauch des Volks, oder der besondere Redegebrauch einer gewissen Classe von Personen mit den Worten verbindet) wird wiederum dasjenige Zusammenfallen, was der Gesetzgeber bey den Worten dachte, und wirklich dadurch ausdrücken wollte (Absicht des Gesetzgebers). Es läßt sich aber auch denken, daß ein Gesetzgeber inconsequent bey Durchführung der Gründe seiner Vorschriften ist, und aus Versehen unrichtige Worte zur Bezeichnung seiner Ideen, wie er sie ausdrücken wollte, wählte. In diesem Fall muß man bey dem Gesetz durchaus die drey

von einander unabhängigen und verschiedenen Theile unterscheiden: erstlich den Wortverstand der Rede, zweytens die Absicht des Gesetzgebers, und drittens das Resultat des (consequent angewandten) Grundes des Gesetzes. Zwar haben ältere und neuere Juristen hier häufig nur zweyerley zulassen wolten, indem einige dem Wortverstande des Gesetzes die Absicht des Gesetzgebers gegenüberstellten, und den Grund des Gesetzes nur als eines von verschiedenen Mitteln, woraus sich die Absicht des Gesetzgebers erkennen lasse, angaben c); andre hingegen d) behaupteten, was vorhin von mir Absicht des Gesetzgebers genannt ist, sey im Grunde nichts weiter als der besondere Redegebrauch des Gesetzgebers, und gehöre insofern zu der grammatischen Auslegung, indem diese auch auf die Kunstausdrücke Rücksicht zu nehmen habe. Allein die Widerlegung dieser Einwürfe ist leicht. Was aus dem Grunde des Gesetzes folgt ist ja grade immer, wenn diese Folgen nicht von dem Gesetzgeber erkannt wurden, eben dasjenige, was der Gesetzgeber aus-

c) Grotius de jure belli ac pacis. Lib. c. cap. 19. n. 8.

d) Teucher l. c. Spec. I. nr. II.

zudrücken nicht die Absicht hatte, was also, ohne die besondere Intention desselben, aus allgemeinen Gründen unter das Gesetz gezogen wird *e*). Eben so begreift es sich ohne Mühe, daß Fehler und Versehen in der Wahl der Worte unmöglich ein besonderer Redebrauch genannt werden können. Der letzte Ausdruck paßt nur da, wo Jemand, abweichend vom gemeinen Gebrauch, durch eine Regel absichtlich einem Worte einen besondern Sinn beylegt, und insofern diesen Sinn in der Regel immer annimmt, wo er sich dieser Worte bedient. Ein unbeabsichteter Mißgriff dagegen kann, eben deswegen, weil man ihn verläßt, sobald er erkannt wird, auf keine Weise Redebrauch heißen, wie es z. B. Niemand der besondere Redebrauch eines Schriftstellers nennen wird, wenn er einmal unbeabsichtigt ein Wort falsch declinirt.

Will man übrigens unter Absicht des Gesetzgebers nicht bloß die Ideen befassen, welche dem Gesetzgeber im Augenblick der Conception des Gesetzes vorschwebten, sondern alles, was auch in besondern Fällen vermöge allgemeiner gesetz-

e) L. 12. 13. de LL.

licher Vorschriften angenommen werden soll: so fallen jene drey Theile ganz zusammen, da wir die Vorschrift haben, der Jurist solle zwar zunächst dem Wortverstande folgen, finde er aber den Geist der Gesetze (*sententia, vis ac potestas legis*) d. h. die Absicht des Gesetzgebers, und das Resultat des Grundes des Gesetzes, hievon abweichend, so solle er diesen vorzüglich berücksichtigen *f*). Allein alle folgenden Erörterungen werden zeigen, wie wichtig in bedeutenden Resultaten es ist, die specielle Absicht von dem Resultat des Wortverstandes, und des Grundes des Gesetzes zu unterscheiden.

§. 3.

Die Gesetze haben es, wie gesagt, dem Richter zur Pflicht gemacht, nicht bloß dem Buchstaben des Rechts zu folgen, sondern zugleich auf den Geist desselben Rücksicht zu nehmen. Hieraus entsteht denn die bekannte Eintheilung der Auslegung in die grammatische und die logische. Die letzte hat es allein mit dem Grunde

f) L. 12. L. 29. de LL. L. 32. §. 16. de donat. int. V. et U. L. 13. §. 2. de excusat. L. 7. §. 2. de supellect. legat. L. 6. §. 1. de V. S.

des Gesetzes, und der Absicht des Gesetzgebers zu thun; die erste hingegen nimmt blofs auf den Wortverstand Rücksicht, und findet da ihre Grenzen, wo der Sinn eines Gesetzes durch den Sprachgebrauch nicht ausgemittelt werden kann. Aus diesem Grunde wird denn auch von den mehren, und mit Recht, behauptet, dafs die Interpretaetion zweydeutiger Gesetze kein Gegenstand der grammatischen Auslegung sey, da jede Zweydeutigkeit ihrer Natur nach nur durch das, was sich aus dem Sinn des Gesetzes hernehmen läfst, weggeräumt werden kann. — Esläuft also zwischen der grammatischen und logischen Auslegung eine sehr scharfe und bestimmte Grenzlinie.

Die Römer kennen diese Namen nicht. Die grammatische Interpretaetion wird an manchen Stellen, sofern sie dem Geist des Rechts Eintrag thut, *strictum jus*, oder *interpretaetio dura* genannt g). — Ueber den Ausdruck: logische Interpretaetion liefse sich noch manches *erinnern*, da keine Art der Auslegung der Logik mehr bedarf, als die andere. — Indefs würde es hier

g) L. 8. C. de judic. L. 25. de LL. J. H. Boehmer de interpr. gram. fat. et usu. (Ex. T. I. I.) §. 4. not. 6.

zwecklos seyn, einen allgemein angenommenen Sprachgebrauch zu verlassen. — Verschiedene verwerfen sogar die Eintheilung der Auslegung in die grammatische und die logische ganz, weil es nach dem Sprachgebrauch nicht interpretiren genannt werden könne, wenn man Fälle unter das Gesetz subsumire, an welche der Gesetzgeber nicht gedacht habe, daher es Bach *h)* der Eckhardischen Hermeneutik geradezu zum Fehler anrechnet, dafs darin auch die sogenannte logische Interpretation abgehandelt sey. — Allein ich kann dieser Meynung nicht beystimmen. Was Bach erinnert, trifft aufs höchste nur die Interpretation, welche, ohne Rücksicht auf das, was der Gesetzgeber dachte, allein aus dem Grunde des Gesetzes Folgerungen ableitet. Ausserdem ist es hier wohl erlaubt, den Ausdruck: Interpretation im weitem Sinn zu nehmen, nämlich in dem Sinn, dafs man darunter überhaupt alles denkt, was nach der allgemeinen oder besondern Absicht des Redenden bey den Worten gedacht werden soll, ein Sinn, welcher selbst den Römern nicht unbekannt war. Ich

h) Unpartheyische Kritik 2. B. I. St. S. 8. — 10.

verweise hier nur auf L. 18. de L. L., wo Celsus sagt: Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur. Bedenkt man ausserdem, dafs alles, was aus der Raison des Gesetzes geschlossen werden kann, durch eine Art juristischer Fiction als besonderer Wille des Gesetzgebers zu betrachten ist, und dafs also auch eine solche Auslegung durch die juristisch supponirte besondere Absicht des Gesetzgebers unterstützt wird: so hat es um so weniger Schwierigkeit, die logische Interpretation in ihrem bisherigen Besitz zu vertheidigen i).

§. 4.

Wenn eine Hermeneutik des Rechts ihre Bestimmung erfüllen soll, so darf man sich darin nicht blofs auf die Entwicklung der Grundsätze, welche im Zweifel auf jedes Gesetzbuch anwendbar sind, einschränken, sondern man mufs zugleich auf die Eigenthümlichkeiten jeder besondern Gesetzgebung Rücksicht nehmen, und so die allgemeinen Grundsätze näher bestimmen, beschränken und erweitern. Ich werde daher zuerst von der logischen Interpretation über-

i) S. auch Teucher l. c. Spec. II. n. II.

haupt handeln, und dann noch besonders von der logischen Interpretation des römischen Rechts. Reichten meine Kräfte so weit, so würde ich mich in diesem zweyten Theil über alle einzelnen Arten des gemeinen Rechts verbreiten *k*); allein ich gestehe lieber offenherzig mein Unvermögen, als daß ich mit Bewußtseyn etwas oberflächliches schreibe.

§. 5.

Da der eigentliche Zweck dieser Abhandlung auf die Entwicklung bestimmter Begriffe und Grundsätze beschränkt ist: so bedarf es keiner Entschuldigung, wenn ich hier die Litteratur dieses Artikels ganz übergehe. Die Hauptschriften sind in der Lippenischen Bibliothek und Walchs Vorrede zu Eckhards Hermeneutik

k) Sehr wahr ist es, was Pütter über die beste Art aus den Acten zu referiren XII. 3. über die Nothwendigkeit einer für alle Arten der Gesetze und Rechtsgeschäfte zu bearbeitenden Auslegungskunst sagt. Wäre es nur möglich, daß ein Mann diesen Stoff überall mit gleicher Sachkenntniß behandeln könnte! Es gehört gewiß schon sehr viel Ausdauer und Beobachtungsgeist dazu, auch nur für eine einzige Gesetzgebung etwas reifes und vollendetes zu liefern.

angeführt. Wohl nur wenige derselben verdienen genannt zu werden. Der mehrste Scharfsinn, und die mehrste Vollständigkeit finden sich un-
streitig in den Schriften der Alten; aber da hier so viel auf Philosophie und Unabhängigkeit von der gemeinen Meynung ankömmt: so ist leicht zu errathen, daß auch die Ideen der älteren Juristen in den jetzigen Zeiten einen denkenden Kopf nicht befriedigen können. Man lese nur z. B. was Donellus *l)*, Forster *m)*, Franzke *n)* und Rapolla *o)* über diese Materie geschrieben haben! Die Neueren, welche in Sachen der Vernunft nicht gern mehr mit unnützer Gelehrsamkeit prangen mögen, aber sich auch selten mit feineren Erörterungen abgeben, haben freylich manche Fehler der Alten vermieden; allein dagegen sucht man hier vergebens in ihren Schriften Vollständigkeit und Bündigkeit. Ich darf die Leser, um dieses Urtheil zu rechtfertigen, bloß auf die, seit dem Anfange dieses Jahrhunderts

l) Comment. de Jur. civ. L. I. c. 13. 14.

m) de juris interpr. L. II. c. 2 — 5.

n) Comment. ad P. Tit. de LL.

o) De jureconsulto. (S. meine Versuche etc. I. B. S. 20. not. *)
L. II. p. 132 — 203. in Griesingers Uebersetzung §. 72. fgg.

erschienenen Pandekten-Commentare verweisen. Kaum die wesentlichsten Grundsätze findet man nothdürftig entwickelt, und was etwa von neueren Eleganzen hinzugefügt ist, dient wahrlich nicht dazu, die Arbeiten der Alten entbehrlich zu machen. — Statt also eine vollständige Litteratur voran zu schicken, werde ich mich begnügen, das, was mir hier oder dort merkwürdiges vorgekommen ist, am gehörigen Orte anzuführen.

Erster Theil.

Ueber die logische Auslegung des Rechts überhaupt.

Erstes Capitel.

Eintheilungen und allgemeine Grundsätze.

§. 6.

Die logische Auslegung giebt den Geist der Gesetze an, und findet diesen Theils in demjenigen, was der Gesetzgeber wirklich dachte, theils in den Gründen der Gesetze (§. 3.) Sie zerfällt also in zwey Hauptarten: Interpretation nach der Absicht des Gesetzgebers, und Interpretation nach den Gründen der Gesetze p). Zwar haben die neuern Juristen überall nur die letzte Art mit dem Namen der logischen Auslegung bezeichnet: allein ohne Grund. Denn die Erfinder

p) Abweichend ist hier: H. G. Wittich über einige Einwürfe gegen die bisherige Eintheilung der logischen Interpretation. Götting. 1798. Derselbe einige Erörterungen der logischen Interpretation. Götting. 1800.

der Eintheilung in grammatische und logische Auslegung bedienten sich des letzten Ausdrucks, um dadurch die Interpretations-Art anzudeuten, welche den Geist, oder, wie es die Römer nennen, die *sententia* der Gesetze entwickelt. Dieser Geist liegt aber nicht bloß in den Gründen derselben, sondern auch in demjenigen, was der Gesetzgeber sagen wollte (§. 2.). Da es nun dem Juristen vorgeschrieben ist, auf den Geist der Gesetze in diesem doppelten Sinn Rücksicht zu nehmen, und also jene zwiefache Interpretations-Art, welche man Anfangs logische Auslegung nannte, Realität hat: so kann man auch den einmal in der Wissenschaft fixirten Sinn des Wortes (welcher ja bloß historisch ist) nicht ändern, sondern sich höchstens bemühen, für die zwey Operationen, welche man zuerst logische Auslegung nannte, ein mehr passendes und ausdrucksvolles Wort zu erfinden.

§. 7.

Die logische Auslegung geht von Gründen aus, welche ganz von denen der grammatischen Auslegung verschieden sind. Beyde können also zufällig in ihren Resultaten zusammentreffen, oder sich nicht direct widerstreiten, sie können

aber auch gradezu im Gegensatz stehen. Unterscheidet man genau die Verhältnisse, welche sich aus dem Resultat des Wortverstandes in Vergleichung mit dem Resultat des Geistes der Gesetze ergeben, so lassen sich hier folgende Fälle denken: 1) Die logische Auslegung steht durch ihr Resultat mit dem Wortverstande des Gesetzes in directem Widerstreit. Dann sind folgende Fälle möglich: 1) sie setzt etwas zu dem Gesetz hinzu, was nicht in dem Wortverstande desselben enthalten ist. Dann nennt man sie die *ausdehnende* (*extensiva*, oder besser *extendens*). 2) Sie hebt bloß etwas auf, was im Wortverstande liegt, ohne etwas Neues an die Stelle des Aufgehobenen zu setzen, und ist insofern eine *aufhebende Auslegung*. Alsdann sind wieder zwey Hauptfälle denkbar, indem sie entweder A) als *gänzlich aufhebende Auslegung* (*abrogans*) das ganze Gesetz vernichtet, wie dieß z. B. geschieht, wenn man, nach den Grundsätzen Mancher, wegen des gänzlich veralteten Grundes ein Gesetz völlig außer Gebrauch setzt; oder B) indem sie als bloß *einschränkende Erklärung* (*restrictiva*, oder besser *restringens*) das Gesetz zwar im Ganzen stehen läßt, dessen Disposition aber für gewisse Fälle

als unanwendbar darstellt. Aus beyden, eben genannten Fällen vereinigt entsteht 3) die vermischte Auslegung, wenn nämlich der Ausleger auf der einen Seite etwas vernichtet, und dagegen auf der andern Seite etwas neues setzt, z. B. wenn er bey L. 12. C. de LL. aus dem Zusammenhange zeigt, daß Justinian nicht die Absicht hatte, die Auslegung, von der er wörtlich redet, zu verbieten, sondern das Schaffen eines Sinns durch Willkühr ohne Anwendung hermeneutischer Regeln. II) Widerstreitet die logische Auslegung nicht den Worten, so kann sie entweder 1) in ihren Resultaten mit dem klaren unzweydeutigen Wortverstande übereinstimmen, für welchen nicht gedachten Fall man bisher keinen Kunstnamen hatte q); oder sie kann 2) Zweydeutigkeiten und Dunkelheiten eines Gesetzes bestimmen. Dann erhält sie dem Namen der Declarativen. Die drey, bisher allein angenommenen Arten der logischen Auslegung: restrictiva, extensiva und declarativa sind also nicht erschöpfend.

q) Denn man nahm die Idee an, daß nur bey dunkeln, zweydeutigen Gesetzen eine Interpretation Statt finde, welches aber nach §. I. falsch ist.

§: 8.

Die Glossatoren nahmen, ausser diesen drey, noch eine Menge andrer Arten der logischen Auslegung an, eine interpretationem correctivam, expositivam, mediantem, stantem, transferentem, dictantem u. s. w. r): allein alle diese Eintheilungen dienen nur dazu, die Worte ohne Noth zu vermehren, und sind daher schon längst der Vergessenheit übergeben. Dagegen hat man noch eine neue wichtige Gattung der Interpretation zu entdecken geglaubt, welche der grammatischen und logischen Interpretation an die Seite gesetzt werden soll, nämlich die politische Gesetz-erklärung, deren Zweck darin besteht, aus der Untersuchung unsrer heutigen Verfassung die Anwendbarkeit eines Gesetzes zu bestimmen s). Ich kann diese angebliche Gattung aber nicht als solche anerkennen. Will man überhaupt eine solche Art der Auslegung mit einem besondern Namen bezeichnen: so muß dieß bey der logischen Interpretation geschehen. Denn wenn ein Gesetz logisch interpretaetirt wird, so gehört ja, ausser der Kenntniß des Sinns des Gesetzes,

r) Vergl. Förster a. a. O.

s) Glücks Comm. I. B. §. 34.

auch noch diefs als *conditio sine qua non* dazu, dafs man die Eigenschaften des Gegenstandes in Betracht zieht. Die politischen Rücksichten machen aber nur einen Theil dieses Geschäfts aus; und eben deswegen sollte man die politische Gesetzesklärung ganz verwerfen, oder derselben noch andre Arten an die Seite fetzen, sofern die Theorie von diesen Eintheilungen wahren Nutzen hoffen könnte. Das letzte kann ich mir aber nicht als möglich denken, und lehne mich daher in jeder Rücksicht gegen die Einführung dieser neuen Gattung auf.

§. 9.

Bevor ich zu der Entwicklung der einzelnen Arten der logischen Interpretation übergehe, müssen noch folgende allgemeine Grundsätze ausgehoben und erörtert werden. 1) Der erste betrifft die Frage: auf welche Weise mufs sich der Ausleger von dem Daseyn der Absicht des Gesetzgebers, oder dem Grunde des Gesetzes überzeugen, um von der logischen Interpretation Gebrauch machen zu können? Müssen beyde aus den Gesetzen selbst erhellen, oder kann man auch auf historische Data, und wahrscheinliche Voraussetzungen bauen? — Es sind mir

genug Schriftsteller vorgekommen, welche diese Frage berührt und beantwortet haben, aber ich kenne keinen, welcher die Schwierigkeiten derselben gefühlt hat. Alle bemühen sich, die principia cognoscendi zu häufen; daß eine Auswahl zu treffen sey, scheint Niemand zu ahnen. Und doch hätte die Wichtigkeit der Frage, und der tägliche Mißbrauch, welcher von der logischen Interpretation gemacht wird, hier mehr als irgendwo die Aufmerksamkeit der Schriftsteller erregen sollen!

Rapolla weiß bey Erörterung dieser Frage keinen andern Rath zu geben, als: man solle zuvörderst die Gesetze zu Rathe ziehen. Erhelle aus diesem nichts, so müsse man die besten Ausleger benutzen, jedoch dann nicht grade mathematische Gewissheit verlangen, sondern sich mit rationibus probabilibus und civilibus begnügen *t*). Und doch beklagt sich eben derselbe Mann an verschiedenen Stellen darüber, daß mit der Analogie so viel Unfug getrieben werde! — Vollständiger, aber eben so fern von Gründlichkeit, sind die mehrsten andern, welche

t) De jurecons. p. 20. Griesingers Uebersetzung S. 94.

diese Frage berührt haben, und es sich angelegen seyn lassen, dem Juristen das Einsammeln historischer, politischer, mathematischer, philosophischer und ökonomischer Kenntnisse zu empfehlen *u)*. Alle concreten Erörterungen und Beispiele helfen hier nichts, so lange man die Frage nicht recht scharf faßt, und ohne Rücksicht auf eine besondere Gesetzgebung zu beantworten sucht.

Ich werfe nämlich die Frage so auf: Kann der practische Jurist (denn was der Theoretiker zu seinem Vergnügen thut, ist keiner Censur unterworfen) überhaupt Gesetze logisch interpretiren, wenn die Data zur Ausforschung des Sinns derselben nicht aus dem Rechte selbst hergenommen werden können? Wenn man von den, keines Beweises bedürfenden Grundsätzen ausgeht, daß der Unterthan nur dasjenige als positives Gesetz zu befolgen hat, was ihm publicirt ist, und daß nach L. 12. de LL. die logische Auslegung nur da Statt findet, wo der Geist des Gesetzes juristisch offenbar

u) Eckhardt herm. jur. §. 33 — 35, Hofacker princ. jur. R. G. T. I. §. 153. C. G. Einert de legum rat. earumque invest. regul. Lips. 1771.

ist: so läßt sich hierauf keine andre, als eine unbedingt verneinende Antwort geben.

Wir wollen nur erst bey der Geschichte stehen bleiben. Die Gesetze sind nicht bloß für den gelehrten Historiker, sondern für alle Unterthanen gegeben. Geht man nun von dem Satz aus, daß auch aus historischen Datis der Umfang der Gesetze bestimmt werden könne: so ist eben dadurch die Gewisheit des Rechts untergraben, und die allgemeine Verbreitung desselben unmöglich gemacht. Die Entdeckung eines historischen Aufschlusses ist immer etwas zufälliges, und eben so zufällig ist es, wenn die Entdeckung, welche ein Schriftsteller macht, andern bekannt wird. Weder der Unterthan, noch auch der gelehrte Jurist, kann alle Quellen der Geschichte, alle historischen und juristischen Schriften bloß deswegen studiren, weil es möglich seyn könnte, über den Geist dieses oder jenes Gesetzes Licht zu erhalten. Die Gesetze können allen bekannt seyn; geschichtliche Kenntnisse hingegen sind immer zerstreut, und in mancher schlechten Schrift finden sich Aufschlüsse und Bemerkungen, welche man vergebens in klassischen Werken sucht. Würde also die Geschichte, auf welche ein einzelnes Gesetz

nicht selbst zurückweist, zur Rechtsquelle erhoben, so wäre dieß in Wahrheit eben so viel, als wenn man jedem Unterthanen ein besonderes Recht gäbe, und dabey im Allgemeinen bestimmte, welcher dieser mannigfaltigen Rechtstheile in conflictu den andern vorgehen solle.

Und wenn auch dieß nicht Statt fände, welche Gewissheit giebt denn die Geschichte, sofern von dem Geist und den Gründen des Rechts die Rede ist. Wenn wir nur bey dem römischen Recht stehen bleiben! Wie klein ist die Zahl glaubwürdiger, hinlänglich unterrichteter Schriftsteller? Wie manches vorzügliche Werk ist verstümmelt, und entstellt? Und wenn auch dem Juristen die ganze Masse historischer Zeugnisse vor Augen läge, so würde doch der Gebrauch und die Anwendung mit tausend Gefahren verknüpft seyn. Denn mathematische Gewissheit kann kein historisches Zeugniß geben. Der Schriftsteller kann sich täuschen; er kann, wie z. B. Procop absichtlich manches in ein falsches Licht stellen; — wie ist es möglich über dieß alles zur Gewissheit zu kommen? Schon bloß wegen der Möglichkeit einer unbeabsichtigten Unwahrheit muß die Geschichte, welche nicht aus den Gesetzen selbst

geschöpft ist, aus der Zahl der Rechtsquellen ausgestrichen werden, sofern nicht der Gesetzgeber das Studium derselben dem Juristen zur Pflicht macht, oder das Gesetz selbst durch seinen Inhalt den Juristen zwingt, die Geschichte zu Rathe zu ziehen, um das Gesagte zu begreifen, und aufzuklären.

Diefs ist es denn auch unleugbar, was Julian und Neratius in L. 20. 21. de LL. sagen wollen: *non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest; et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquire non oportet, alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertentur.* — Man hat diese Fragmente oft eine Schutzwehr der Dummheit genannt; aber ich denke, sie verdienen wahrlich diesen Namen nicht, sofern sich die Praktiker darauf berufen haben, um gesetzlichen Gründen, welche man aus der Geschichte hernahm, in den Gerichtshöfen den Eingang zu verwehren. Immerhin mag es für den einzelnen Mann interessant seyn, den Unterthanen aus der Geschichte zu richten; — das Ganze würde gewiß unendlich verlieren, wenn man den Grundsatz, welcher ein

solches Verfahren billigt, allgemeingeltend werden liefse.

Ich wünsche aber, dafs man das eben Gesagte nicht missverstehen möge. Nie wird es meine Absicht seyn, der Barbarey das Wort zu reden, und mich zum Vertheidiger seelenloser Praktiker aufzuwerfen. Niemand kann lebendiger von dem Nutzen, und der Nothwendigkeit der Geschichte überzeugt seyn, als ich es bin; und wenn auch unmittelbar für die Praxis in keiner Rücksicht Gebrauch davon zu machen wäre, so würde ich dessen ungeachtet auch dem Praktiker das Studium der Geschichte dringend empfehlen, weil ein Mann, welcher gedankenlos an dem Buchstaben des Gesetzes klebt, nothwendig seine besten Anlagen in sich zerstören mufs.

Allein was ich der Geschichte zu rauben suche, betrifft ja nicht die Geschichte überhaupt, welche auch dem Praktiker im niedrigsten Sinn des Wortes in vielen andern Rücksichten stets unentbehrlich bleiben wird, so lange wir noch dem Römischen Recht folgen. Die innere Rechtsgeschichte, wie sie auch nur allein aus dem corpus juris geschöpft werden kann, und insofern auch von dem Praktiker benutzt werden mufs, ist gewifs unter allem, was uns

Aufschluß über den Sinn, und die Anwendbarkeit der Gesetze ertheilt, bey weitem das wichtigste, und ich möchte den Mann sehen, welcher ohne den Gebrauch dieses Hülfsmittels auch nur mittelmäßige Fortschritte im Römischen Recht machen könnte. Wie unendlich wichtig ist nicht z. B. für die Lehren von der Verjährung, und der Collation das Trennen des Rechts der Pandekten von dem Recht des Codex, und wie mancher Unsinn würde vermieden seyn, wenn man sich mehr um die Geschichte beyder Institute bekümmert hätte!

Ausserdem giebt es Fälle genug, in denen die Gesetze auch dem Praktiker das Studium der Geschichte nothwendig machen. Denn offenbar beruht ja die ganze grammatische Auslegungskunst einzig und allein auf der Geschichte. Woher sollten wir sonst die Wortbedeutungen, den Geist der Sprache, die Gegenstände, von denen die Gesetze handeln, kennen lernen? Wer uns das Römische Recht zum Gesetzbuch gegeben hat, hat eben dadurch das Studium der Geschichte unvermeidlich gemacht, und gewifs werden sehr feine, und mannigfaltige historische Kenntnisse erfordert, um von dieser Seite alles zu leisten,

was geleistet werden kann und soll. Auch kann sich der Praktiker hier nicht damit beruhigen, daß die Geschichte zu den sogenannten Eleganzen gehöre, welche man dem Theoretiker überlassen könne. Denn Vernachlässigung der Geschichte führt hier zum Sinnlosen, auch lassen sich zur Versinnlichung Fälle genug anführen, in denen die Kenntniß des Geistes der Sprache, und des Gegenstandes der Gesetze auf die Entscheidung erheblicher Streitfragen den wichtigsten Einfluß gehabt hat x).

In diesen sämmtlichen Ansichten ist denn auch durchaus nichts Widersprechendes, wie man mir wohl eingewandt hat, indem man mir vorwarf, daß ich hier den Gebrauch der Geschichte zulasse, aber dort mißbillige. Das letzte ist wahr, aber den Widerspruch muß ich leugnen. Die ganze Idee löst sich ja in nichts, als die einfachen Sätze auf: den Unterthanen bindet zunächst nichts, als was ihm publicirt ist. Sollte

x) Ein merkwürdiges Beispiel giebt die Streitfrage: ob bey Insinuation einer Schenkung eine richterliche Untersuchung nöthig sey? Hätte man sich bemüht, die Personen, von denen in L. 25. C. de don. die Rede ist, kennen zu lernen, so würde wohl der Streit nie entstanden seyn, Pufendorf T. 4. Obs. 121.

er schuldig seyn, aus der Geschichte den Geist der Gesetze zu lernen, so müßten die Gesetze vorgeschrieben haben. Aber dieß ist nicht der Fall, und wäre auch unbillig und unpolitisch. Nur zum Zweck der grammatischen Auslegung haben sie das Studium der Geschichte zur Pflicht gemacht, aber hier der absoluten Nothwendigkeit wegen, weil der Gesetzgeber sich der Sprache bedienen muß, und Kenntniß der Sprache durchaus nur allein aus der Geschichte hergenommen werden kann.

So wenig nun der Grund eines Gesetzes, und die besondere Absicht des Gesetzgebers durch historische Untersuchungen zum praktischen Gebrauch ausgemittelt werden können, eben so wenig, und noch viel weniger, kann dieß durch sogenannte Conjecturen geschehen. Was läßt sich nicht erträumen, wenn es darauf ankommt, dem Gesetzgeber Absichten unterzulegen, und wohin würde unsre Gesetzverfassung gerathen, wenn alles, was man über die Gründe der Gesetze geträumt hat, wirklich zur Anwendung gebracht würde! Ein weiser Regent kann dem Richter diese Willkür nie einräumen; auch haben wir die ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, daß der Richter nur dann von dem Wortver-

stande abgehen soll, wenn der Sinn des Gesetzes ganz offenbar, und in die Augen fallend ist *y*).

Es ist übrigens unglaublich, wie man sich in dieser Rücksicht von jeher an den Gesetzen ver-sündigt hat, besonders seit der Periode der Axio-matiker, welche überall auf erträumte Grund-sätze zu bauen pflegten, und dadurch dem Geist des Rechts mehr geschadet haben, als demselben eine gesunde Philosophie in der Folge wird nutzen können. Es giebt Werke, in denen es auf jeder Seite von willkührlich ersonnenen Conjecturen über die Gründe der Gesetze wimmelt, und der Hang zu Vermuthungen und Voraussetzungen ist bey vielen so weit gegangen, dafs man sich gar nicht einmal die Mühe gab, die in den Gesetzen selbst angegebenen Gründe zu Rath zu ziehen, und gegen diese die erträumten Hypothesen auf-zugeben. So setzen z. B. manche den Grund, warum eine Schenkung, welche die Summe von 500 Solidis übersteigt, insinuirt werden mufs,

y) L. 12. de LL. Non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi; sed quum in aliqua caussa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.

hauptsächlich darin, weil es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sey, der Verschwendung dadurch zu steuern. Aus diesem ersonnen Grunde leitet man denn manches ab, was durch kein Gesetz vorgeschrieben ist; und doch ist nichts gewisser, als daß die Kaiser von einem ganz andern Princip ausgingen, welches zu wesentlich verschiedenen Resultaten führt z). Eben so sind manche der Meynung, daß die, in L. 9. §. 2. de contr. emt. in Ansehung des sauer gewordenen Weinens enthaltenen Bestimmungen jetzt nicht mehr angewandt werden können, weil man bey uns nicht, wie bey den Römern, Weinessig zu trinken pflege a). Allein der Jurist setzt ja den Entscheidungsgrund nicht darin, und sein eigentliches Argument (*quia in corpus consensus est, etsi in materia erratur*) steht mit unsern Sitten auf keine Weise im Widerstreit.

Auf welche Weise übrigens in den Gesetzen die Gründe derselben, und die Absicht des Ge-

z) L. 27. C. de donat. (*siquidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id, quod vere gestum est, aboleri*),

a) Glücks Comment. 4. B. §. 297. not. (96.).

setzgebers aufgefunden werden können, dieß läßt sich natürlich auf keine einfache Regel zurückführen. Oft ist in dem Gesetze selbst, von dessen Auslegung die Rede ist, der Grund desselben angegeben, auch entscheidet häufig der Zusammenhang, die Vergleichung aller einzelnen Theile desselben, sehr viel: denn welcher Gesetzgeber war wohl je der Sprache genug gewachsen, um in Einem Satz auf Einmal seine ganze Absicht bestimmt auszudrücken? Incivile est: nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere *b*). — Da alles, was in den Gesetzen enthalten ist, zur Kenntniß des Unterthanen kommt, so kann natürlich das eine Gesetz auch durch die in einem andern enthaltenen Aeußerungen des Gesetzgebers aufgeklärt werden. Ein bekanntes und merkwürdiges Beyspiel liefert L. 16. C. de usufr. verglichen mit L. 13. C. de servitutibus. In dem ersten Gesetz sagt Justinian: der Nießbrauch solle nur durch den Tod des Nutznießers, oder den Untergang der Sache, nicht aber durch den bloßen Nichtgebrauch verloren gehen, nisi talis exceptio ei opponatur, quae, etiamsi dominium

b) L. 24. de LL.

vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. Hierin haben denn viele den Satz zu finden geglaubt, daß der Nießbrauch nur dann verloren gehe, wenn der Eigenthümer eine usucapio libertatis für sich anführen könne. Betrachtet man das Gesetz für sich, so mag dieser Satz vielleicht daraus folgen; vergleicht man aber damit das zweyte angeführte Gesetz, worin Justinian das, was er in Ansehung des Nießbrauchs verordnet hatte, auf alle Servituten anwendet; so braucht man nur ein Paar gesunde Augen zu haben, um zu sehen, daß Justinian in L. 16. cit. bloß den Zeitraum erweitern, keineswegs aber unbeschränkt den Satz aufstellen wollte, daß der Ususfructus nie durch Nichtgebrauch verloren gehe c).

Aus eben den Gründen, warum man die Erklärung eines Gesetzes durch das andere zu billigen genöthigt ist, aus eben diesen Gründen muß man denn auch überhaupt die Manier des Gesetzgebers, und den ganzen Geist des Rechts als Erklärungsquelle benutzen. So wird sich kein vernünftiger Mann einen Vorwurf machen dür-

c) Ein anderes Beyspiel g ebt L. 11. C. de natural. lib. vergl. mit Nov. 74. pr.

fen, wenn er in den Constitutionen Justinians ohne groſſe Noth eine Inconsequenz, oder falſche Billigkeit zu finden glaubt. Eben ſo iſt für die Erklärung der Verordnungen Justinians die Bemerkung, daſs der Kaiſer ſelten eine Aenderung ohne groſſe Zurüſtungen, und beſcheidenes Selbſtlob zu machen pflegt, von der größten Wichtigkeit z. B. bey den Fragen: ob der Pflichttheil $\frac{1}{4}$ der geſamnten Güter, oder der portio ab intestato ſey *d*); ob Juſtinian auch den *verbis conjunctis* ein *jus accrescendi* gegeben habe? *e*) u. ſ. w. — Der Geſetzgeber kanu unmöglich verlangen, daſs man mehr von ihm erwarte, und vermuthet, als was ſeiner gewöhnlichen Handlungsweiſe gemäß iſt.

§. 10.

II) Die, den Worten widerſtreitende logiſche Auslegung ſetzt eine unvollkommene Geſetzgebung voraus, welche unfähig iſt, entweder ihre Grundsätze conſequent anzuwenden, oder ihre Ideen ſprachrichtig auszudrücken. Sie läſt

d) Vergl. Glück de constituend. legit. port. parent. quant. §. 9 — 12.

e) Heisler de jure accresc. semper jure non decresc. §. 28.

sich also nicht ohne Ungereimtheit da anwenden, wo der Begriff einer menschlichen Unvollkommenheit nicht Statt findet, und Statt finden darf, nämlich nicht bey allen Gesetzen, denen man einen göttlichen Ursprung zuschreibt. Dafs so manche das Gegentheil überhaupt *f*), und so häufig in besonderen Fällen z. B. bey den mosaischen Eheverboten annehmen, kann fast nur aus der herrschenden religiösen Kälte, und dem, sey es auch nur dunkel gedachten Unglauben der Mehrsten erklärt werden. Denn, wer mit voller Ueberzeugung eine göttliche Rede zu erkennen glaubt, wird, wie die älteren (consequenten) Theologen, mit wirklichem Abscheu an jede Umbildung des Gesagten durch logische Auslegung denken, indem darin nichts anders liegt, als der Satz: Gott habe hier nicht gehörig zu schliessen und zu reden gewufst.

§. II.

III) Nur Vernunft oder positive Gesetze können die logische Auslegung begründen, und im Fall der Collision müssen die positiven Interpre-

f) Z. B. J. L. Holderieder de principiis interpretat. legum. Lips. 1736. Sect. 3. §. 2.

tations-Regeln den natürlichen vorgehen, weil es ja allgemeines Princip ist, daß willkürliche Vorschriften des bürgerlichen Rechts die, aus der Natur der Sache folgenden Regeln in ihrer Wirksamkeit aufheben g). Allein diese rein positiven Regeln müssen auch als solche aufgestellt seyn, und dürfen keineswegs aus der bloßen Verfahrungsart, welche Römische Juristen hie und da anwandten, abstrahirt werden h). Justinian setzte die Entscheidungen derselben ihrer materiellen Bestimmungen wegen in die Pandekten, keineswegs aber um auch durch dieselben Muster einer juristischen Hermeneutik zu liefern. Denn wie mancher an sich vielleicht von der Legislation nicht zu verwerfende Satz, wurde von den Juristen willkürlich, oder ganz schief und falsch abgeleitet i); und wie wenig kann überhaupt der ganze Geist der Römischen Juristen dem jetzigen Richter zum Muster dienen,

g) Meine Vers. I. B. S. 325 — 330. Ganz willkürlich abweichend ist überhaupt C. Thomasius de interpr. beneficior. princ. Hal. 1701.

h) A. M. ist Rapolla der Rechtsgelehrte, übers. v. Griesinger, 2. B. §. 76. §§.

i) Z. B. L. 6. §. 2. si servit. vindic.

welcher blofser Ausleger der Gesetze ist, während die Römischen Juristen als Rathgeber eines Gesetzgebers (des Prätors, Proconsuls, und Imperators), und als Mitglieder eines Regierungs-Collegiums (im Consistorio principis) sehr häufig in der Lage waren, Vorschläge wagen und vertheidigen zu dürfen, welche sich bey der blofs richtenden Gewalt ohne ungebührliche Eigenmacht gar nicht denken lassen?

Zweytes Capitel.

Ueber die Arten der logischen Auslegung.

Erste Unterabtheilung.

*Ueber die logische Auslegung nach der Absicht
des Gesetzgebers.*

§. 12.

Die logische Auslegung nach der Absicht des Gesetzgebers (§. 2.) beruht auf dem unbedingten Princip: was der Gesetzgeber dachte und sagen wollte, soll als sein ausgedrückter Wille behandelt, stets dem Wortverstande vorgezogen, und bey dessen Erläuterung benutzt werden *k*). Es bedarf also bey dieser Art der Auslegung gar nicht der Unterscheidung zwischen den einzelnen Arten derselben (§. 7.), und den verschiedenen Gesetzen, worauf man sie anwenden kann, indem hier vielmehr das Princip unbeschränkt ist: jedes Gesetz muß nach der Ab-

k) L. 29. 30. de LL.

sicht des Gesetzgebers verstanden werden. Alle Beschränkungen also, welche nach den folgenden Erörterungen bey der Auslegung nach dem Grunde eintreten, (z. B. dafs die Ausdehnung gleicher Gründe wegen bey manchen Gesetzen, und die Restriction derselben wegen des nicht passenden Grundes ganz unzuläfsig ist) fallen hier durchaus weg, und es bedarf sonach keiner Distinctionen, da diese doch zu keinen verschiedenen Resultaten führen. Es bleibt hier also nur die einzig interessante Frage übrig: wie und woher man die Absicht des Gesetzgebers erkennen kann?

§. 13.

Die Absicht des Gesetzgebers mufs aus den Gesetzen selbst erkannt werden (§. 9.), — Diefs leidet keinen Zweifel; aber doch kann es auf zweifache Art geschehen. Sehr häufig läfst sich nämlich 1) aus speciellen Gründen der Gesetze die wirklich Statt gefundene specielle Absicht des Gesetzgebers entdecken. Diefs kann nun geschehen; entweder 1) wenn man durch die, rechtlich nothwendige 1) Ver-

1) L. 24. de LL.

gleichung der einzelnen Theile desselben Gesetzes dessen wahren Sinn entwickelt, z. B. aus dem Zusammenhange der L. ult. C. de LL., dafs Justinian die wahre Auslegung nicht verbieten wollte, so wie aus dem Ende der L. 3. de confirm. tutoribus, dafs hier die zu confirmirenden Vormünder nicht überhaupt, sondern nur in Betreff der Satisfaktion der testamentarischen gleichgesetzt sind; oder 2) wenn der Gesetzgeber sich in einem späteren Gesetz deutlicher über den Sinn eines früheren erklärt hat, und man so (nach §. 9. a. E.) den Sinn des einen Gesetzes durch die Aeufserungen des andern erklärt *m*). Die letzte Verfahrensart pflegt man die Erklärung durch Parallelismus zu nennen.

§. 14.

Es kann aber auch 11) die besondere Absicht des Gesetzgebers im zweifelhaften Fall aus allgemeinen Grundsätzen erkannt werden, wenn nämlich vorgeschrieben ist, dafs, durch

m) Beyspiele geben L. 11. C. de natural. lib. L. 16. §. 1. C. de usufruct. Nov. 12. c. 1. verglichen die erste mit Nov. 74. praef., die zweyte mit L. 13. C. de servitut., die letzte mit Nov. 89. c. 15. Mein System des Pandekten-Rechts. §. 231. not. k. §. 682. not. i.

eine Art von Fiction, im Zweifel diefs oder jenes, auch wenn es nicht namentlich erwähnt sey, als eine, sich überall von selbst verstehende Supposition vorausgesetzt werden solle. Vorschriften dieser Art finden sich mehrere im Römischen Recht, und zwar I) für alle Arten der Gesetze, ohne Rücksicht ob sie zweydeutig sind, oder nicht. Hieher gehören folgende Regeln: A) Alles, was an sich der Wortverstand eines Gesetzes nicht befaßt, ist unter dasselbe zu ziehen, wenn Jemand eine, wörtlich nicht verbotene Handlung vornimmt, um dadurch arglistig den Zweck einer gesetzlich verbotenen Handlung indirect zu erreichen *n*). B) Verordnungen, welche auf die Begünstigung einer Person abzwecken, müssen, wenn nicht der Wille des Regenten bestimmt entgegen steht, immer so ausgelegt werden, daß der Begünstigte durch unbeschränkte wörtliche Anwendung derselben nicht vielmehr einen Nachtheil leide *o*), C) Was er-

n) L. 29. 30. de LL. L. 7. §. 3. ad SCt. Macedon. L. 5. §. 4. L. 7. §. 6. L. 32. §. 24. L. 49. de donat. int. V. et U. G. P. Olearius de malitiosa jurisinterpretat. Lips. 1720.

o) L. 25. de LL. L. 8. pr. §. 6. de transact. L. 1. pr. L. 3. §. 5. de carbon. edict. L. 19. in f. C. de fide instr.

worbenen Rechten dritter Personen schadet, soll im Zweifel stets als erschlichen und unbeabsichtigt, mithin als nicht gesagt betrachtet werden *p*). Noch setzen viele hinzu *D*) die Billigkeit. Allein die Gesetze sagen nur, daß bey zweydeutigen Gesetzen der mildere Wortsinn vorzuziehen sey, verbieten aber, von bestimmten Gesetzen der bloßen Billigkeit wegen abzuweichen *q*). Eben dieß gilt denn auch *E*) von der Behauptung vieler, daß man sich bey allen Arten der Gesetze des *argumenti ab absurdo* bedienen, d. h. daß man überall den Wortverstand verlassen dürfe, wenn das Resultat desselben zu Ungereimtheiten führe *r*). Zwar haben die Römischen Juristen in einigen Fällen sich ein solches Verfahren erlaubt *s*); allein nach dem Obigen (§. 11.)

p) L. 2. §. 16. ne quid in loco publ. L. 7. C. de precib. imperat. offer. L. 4. C. de emancip.

q) L. 42. de poen. L. 56. L. 90. L. 155. §. 2. de R. J. vergl. mit L. 12. §. 1. qui et a quib. manumiss. L. 19. de appellat. L. 1. C. de LL. Auth. Jubemus C. de judic. Mein Pandekten-System. 2te Aufl. §. 44. not. g. §. 51. not. h.

r) S. die erste Auflage dieser Schrift §. 17. Nr. 2. b.

s) L. 4. §. 1. L. 11. de in jus vocando. L. 40. pr. de hered. pet. L. 13. §. 2. de excus.

kann uns ihr Beyspiel nicht binden, da wir wider eine solche Verfahrungsart allgemeine gesetzliche Verbote haben *t*). Wohl aber kann man endlich *F*) hieher noch die Vorschrift ziehen, dafs ein Gesetz im Zweifel nur von zukünftigen Fällen zu verstehen ist, auch wenn es durch seinen Wortverstand vergangene Fälle befaßt *u*).

§. 15.

Aufser diesen, für alle Arten der Gesetze geltenden Vorschriften haben wir nun aber noch 2) eine Reihe besonderer Regeln für die Auslegung doppelsinniger und zweydeutiger Gesetze, und zwar hauptsächlich folgende: *A*) Untermehreren Bedeutungen geht im Zweifel stets diejenige vor, wodurch die gesetzliche Disposition erhalten und von Fehlern befreyet wird *x*), also auch die, wodurch überflüssige Worte und Widersprüche vermieden werden *y*). Aus demselben Grunde ist denn auch hier das argumentum

t) L. 12. §. 1. C. de LL. Voet. comm. L. 1. T. 3. §. 23.

u) Mein Pandekten-System, 2te Aufl. §. 25.

x) L. 19. de LL. Forster de interpr. L. 2. c. 5. Reg. 1. 28.

y) Forster l. c. Reg. 25. 26. Ein Beyspiel giebt mein Pandekten-System, 2te Aufl. §. 513. in dem Theil des Textes, welcher sich auf not. m. bezieht.

ab absurdo (§. 14.) zulässig, und die, zur Unvernunft führende Bedeutung im Zweifel nicht anzunehmen *z*). Als die vernünftigere ist denn auch die Bedeutung zu betrachten, welche am meisten mit der Natur des gesetzlichen Gegenstandes übereinstimmt *a*). B) Was an sich schon eine feste Existenz hat, kann nur insofern durch ein anderes Entgegenstehendes aufgehoben werden, als das letzte selbst in seiner Existenz gewiss ist. Daher siegt im Zweifel der Besitzer; daher ist jeder zweydeutige Vertrag wider denjenigen auszulegen, welcher sich wider einen Andern einen Vortheil anmassen und dessen Vermögen verringern will; und eben daher folgt denn auch von selbst die Regel, daß alle, das bestehende Recht ändernden Gesetze (*jura correctoria*) im Zweifel nicht anzunehmen, auch bey einem Statt findenden Doppelsinn strict zu interpretiren, d. h. in dem Sinn zu verstehen sind, welcher am wenigsten von den bisher bestandenen Rechts-Grundsätzen entfernt *b*). Da nun *jura singularia*

z) L. 19. ad exhib. Forster l. c. Reg. 23. 77.

a) L. 67. de R. J. Forster l. c. Reg. 15. 29. 30.

b) Forster l. c. Reg. 2. C. A. Ritter *regulae interpr. jurid.* Lips. 1741. §. 13. 16.

und privilegia ihrem Wesen nach immer correctorisch sind, so muß man gleichfalls behaupten, daß nur die stricte Interpretation in dem eben angegebenen Sinn bey ihnen Statt finde, wie es auch wirklich mehrere Gesetze sagen *c)*, und wie es von vielen neueren Schriftstellern, wenn auch nicht grade aus wahren Gründen, richtig behauptet ist *d)*. Dennoch wollen viele unsrer Juristen diese Grundsätze nicht anerkennen, obgleich sie wieder unter einander streiten, und bey diesem Streit häufig alles dadurch verwirren und entstellen, daß sie die Auslegung zweydeutiger Gesetze, welche im zweifelhaften Fall den engeren Wortsinn annimmt (*interpretatio stricta*), also nicht den weiteren Wortverstand vorzieht, (*interpretatio lata*) und folglich dem Wortverstande nicht widerstreitet, mit der logischen *interpretatio restrictiva* oder *extensiva*, welche beyde die Worte überschreiten, durchaus vermengen. Einige von dieser Partey behaupten nämlich unbedingt, daß ein Privilegium in der möglichst

c) L. 191. de R. J. L. 35. pr. C. de in offic. testam.

d) C. Thomasius de interpret. beneficior. principis. Hal. 1701. J. H. Boehmer de finibus privilegiorum regundis (Exerc. T. 1.) cap. 2. §. 2.

weiten Wortbedeutung zu nehmen sey *e)*, und zwar wegen L. 3. D. de constit. princip. L. 2. C. de praepositis agent. L. 2. C. de bon. vacantibus. Andre dagegegen wollen nach eben diesen Gesetzen wenigstens diejenigen Privilegien im weiten Wortsinn verstanden wissen, welche nicht zum Nachtheil Dritter gereichen *f)*. Noch andre endlich vertheidigen eine Menge willkührlicher Distinctionen *g)*, welche, eben weil man sie ohne Grund hinstellt, einer gründlichen Widerlegung unzugänglich sind. Zur volltsändigen Prüfung der ersten beyden Theorien bemerke man diefs: a) Privilegien sind unleugbar nicht logisch ausdehnend zu erklären *h)*, und eben so wenig b) im Zweifel im weiteren Wortverstande, wenn sie dadurch den erworbenen Rechten Dritter schaden *i)*. Es bleibt also hier c) blofs die Frage, ob Privilegien, welche erworbenen Rechten andrer Personen keinen Eintrag thun, strict oder weit zu erklären sind, wo der Doppelsinn des Worts die eine oder die

e) Glossa ad L. 9. C. quae res pignori.

f) S. Stryck de privilegiorum interpretatione. Frkf. ad V. 1683.

g) Forster l. c. Reg. 38.

h) S. unten §. 19.

i) S. den vorigen §phen.

andre Auslegung gestattet? Hier muß man nun aus den vorhin erwähnten Gründen die stricte Auslegung vorziehen, und dagegen kommen denn auch die drey vorhin citirten Fragmente, worauf sich die Gegner stützen, nicht in Betracht. Zuerst nicht die L. 3. D. cit. Denn der dort vorkommende Ausdruck: *quam plenissime* ist doppelsinnig, und kann zweyerley bezeichnen, nämlich entweder: bey einem Doppelsinn ist die weitere Wortbedeutung vorzuziehen, oder: ein ohne Doppelsinn ganz allgemeines und unbeschränktes Privilegium ist ganz dem Wortverstande gemäß, ohne alle sprachwidrigen und willkührlichen Beschränkungen, in seiner vollen Allgemeinheit zu verstehen. Der erste Sinn wäre wider die Analogie und die vorhin erwähnten Gesetze, der letzte hingegen ist ganz der Sache angemessen, und insofern jenem vorzuziehen. Mit hin ergiebt L. 3. cit. kein anderes Resultat, als: man soll auch Privilegien in Gemäfsheit der Sprache, mithin allgemeine Privilegien in ihrer ganzen Allgemeinheit verstehen. Nur für diese Regel enthalten denn die beyden Fragmente aus dem Codex ein Paar gute Beyspiele. In L. 2. C. de bon. vac. kommt der Fall vor, daß der Kaiser ein Landgut verschenkt, mit der Formel, essey

integro statu donatum. Dieß ist denn ein durchaus allgemeiner Ausdruck, welcher alles befaßt, und daher wird denn auch derselbe dahin erklärt: der Beschenkte erhalte die Thiere, Sklaven, Früchte u. s. w. Eben so enthält L. 2. C. *de praepositis agentium* nichts weiter als den Satz, daß ein älteres Privilegium durch ein neues nicht vernichtet werde, sondern daß dieses mit jenem zu verbinden sey, natürlich wieder aus dem einfachen Grunde, weil keine Aufhebung nach der Sprache denkbar ist, wo nach der Sprache kein Widerstreit Statt findet. — Lassen sich nun aber alle bisher aufgestellten Auslegungs-Grundsätze nicht anwenden, so haben wir C) die letzte Regel, daß im Zweifel die mildeste und billigste Wortbedeutung anzunehmen sey *k)*. Man mißbraucht diese Grundsätze aber auf eine auffallende Weise, wenn man sie mit Manchen auch auf widersprechende Gesetze anwendet. Alle vorhin citirten Gesetze gestatten jenes Billigkeits-Princip nur im Fall einer Zweydeutigkeit. Zwischen einer Zweydeutigkeit (*amphibolia, ambiguitas*) und einem Widerspruch

k) L. 56. L. 90. L. 155. §. 2. de R. J. L. 42. de poenis. L. 3. de his quae in testam. delentur.

(contrarietas, contradictio) finden aber wesentliche Unterschiede Statt. Eine zweydeutige ernstliche Rede soll nach dem Willen des Redenden nur Einen Begriff bezeichnen, doch ist es für den Dritten zweifelhaft, welcher von mehreren Gegenständen gemeint sey ¹⁾, und hier soll denn für den billigsten die Vermuthung streiten. Im Fall eines Widerspruchs dagegen hat der Gesetzgeber zwey widerstreitende Sätze aufstellen, und beyde als gültig betrachtet wissen wollen, weil er irrig die Vereinigung beyder für möglich hielt. Hier ist also eine wahre Unerklärbarkeit, und diese soll nach L. 12. C. de LL. nicht durch doctrinelle Auslegung, sondern durch eine nachzusuchende authentische Interpretation aufgehoben werden.

So klar diese Vorschrift auch ist, so hat dennoch die Willkühr viele verleitet, sich bey offenbaren Widersprüchen selbst einen Weg zu bahnen. Als Muster in dieser Methode kann Leyser genannt werden, welcher ohne alle Scheu Widersprüche zugiebt, und dann sofort

1) L. 3. de reb. dubiis: in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus.

die angebliche Billigkeit annimmt, gerade als ob widerstreitende Gesetze sich durch sich selbst aufrieben, und dadurch dem Natur-Recht ein völlig freyes Feld verschafften m)! Fast sollte man glauben, das Verhältniß des Richters zum positiven Gesetz sey ein wahrer status belli, und der Grundsatz: du wirst siegen, wenn deine Feinde sich schlagen, gleichfalls ein Grundsatz der juristischen Hermeneutik!

m) Med. ad P. Sp. 40. m. 6. Sp. 150. m. 3.

Zweyte Unterabtheilung.

*Ueber die logische Auslegung nach dem Grunde
des Gesetzes.*

§. 16.

Weit schwieriger, als die bisher erörterte Art der logischen Auslegung, ist die Lehre von der Auslegung nach dem Grunde des Gesetzes. Nicht leicht findet man so viele Widersprüche zwischen der Theorie und der Anwendung, als grade hier, und zwar zum Theil hauptsächlich deswegen, weil man es vergaß, den Begriff des Grundes eines Gesetzes im Gegensatz eines gesetzlichen Entscheidungsgrundes gehörig zu bestimmen. Folgende Erörterungen über den Unterschied beyder müssen hiermithin als Grundlage des Ganzen vorangeschickt werden.

Ein Regent, welcher sich nicht bloß auf die Gesetzgebung beschränkt, sondern auch die richterliche Gewalt ausübt, oder richterliche Entscheidungen als allgemeine Muster aufstellt, kann und muß zwiefach verfahren, nämlich als Ge-

setzgeber schaffend, und als Richter bloß urtheilend und anwendend. Gesetzgebend verfährt der Regent, wenn er aus Gründen, welche bisher nicht als Gesetze galten, und auch jetzt nicht als Gesetze von ihm aufgestellt werden, eine Vorschrift ableitet, und diese als Gesetz publicirt; richtend hingegen, wenn er eine an sich schon als Gesetz geltende Rechtsregel auf besondere Fälle durch bloßes Urtheil anwendet. Ist jenes der Fall, so nennt man den Grund der Vorschrift Grund des Gesetzes (*ratio legis*); ist hingegen dieses, so wird der Grund des Urtheils ein Entscheidungsgrund (*ratio decidendi*) genannt.

Die Schlüsse nun, welche aus dem eigentlich sogenannten Grunde eines Gesetzes gezogen werden, sind eben dasjenige, was man logische Auslegung nennt, und diese bedürfen denn in Ansehung ihrer Zulässigkeit mannigfaltiger Beschränkungen, weil sie das, was an sich selbst kein Gesetz ist, in der Anwendung zum Gesetz erheben, folglich ein wahrer Act der gesetzgebenden Gewalt sind, welcher dem Richter nur insofern erlaubt werden kann, als ihn das positive Recht namentlich dazu be-

fugt hat. Publicirt der Regent dagegen ein Urtheil unter Angabe der gesetzlichen Gründe, worauf dasselbe beruht, und schließt dann der Richter aus diesen ihm beyläufig bekannt gewordenen Gesetzen weiter fort: so sind diese Schlüsse aus einer solchen ratio decidendi durchaus nicht das Schaffen einer neuen gesetzlichen Bestimmung, sondern bloß die consequente Anwendung eines Gesetzes. Da nun aber der Richter, vermöge des Begriffs der richterlichen Gewalt, unbedingt verpflichtet ist, die Gesetze genau ihrem Inhalt zufolge anzuwenden; so muß man hier denn auch nothwendig von der Hauptidee ausgehen, daß alle Beschränkungen, welche nach dem Folgenden in Rücksicht der Schlüsse aus dem Grunde eines Gesetzes Statt finden, bey der Anwendung eines gesetzlichen Entscheidungsgrundes durchaus wegfallen. So gelten, wie sich nachher ergeben wird, für die logische Auslegung nach dem Grunde des Gesetzes die Regeln: correctorische Gesetze sind nicht wider das ungeändert gelassene ältere Recht, und jura singularia überhaupt nicht ausdehnend zu erklären, auch darf man kein Gesetz bloß deswegen außer Anwendung bringen, weil dessen Grund weggefallen, oder unpassend ist. Alle diese Be-

schränkungen lassen sich gar nicht denken, wenn die Frage davon ist, wie man bey der Anwendung einer ratio decidendi zu verfahren habe? Denn ein solcher Entscheidungsgrund ist Gesetz, und also die Anwendung desselben auf andre, als die vom Regenten entschiedenen Fälle keine Ausdehnung eines Gesetzes durch Auslegung, sondern bloße urtheilende Subsumtion unter ein Gesetz. Diese findet aber bey allen, selbst singularen und correctorischen Gesetzen Statt, und muß auf der andern Seite da wegfallen, wo der gesetzliche Entscheidungsgrund selbst weggefallen ist.

Die Wichtigkeit dieser Bemerkungen wird sich am besten an folgenden bekannten Streitfragen zeigen lassen. Das kanonische Recht entscheidet nur für ein Paar Fälle, daß der Eid ein, wegen bürgerlicher Mängel nichtiges Geschäft gültig mache *n*). Dennoch hat man von jeher jene beyden Entscheidungen als Regel für alle Fälle angenommen. Gesähe dies nun durch eine logische Ausdehnung, so würde man mit Weber *o*) allerdings behaupten müssen,

n) Cap. 28. X. de jurejur. cap. 2. de pact. in 6.

o) Dessen syst. Entw. d. Lehre von d. natürl. Verb. §. 120.

dafs diese Ausdehnung des kanonischen Rechts gegen die abweichenden Bestimmungen des römischen Rechts, nach den Grundsätzen von der Auslegung correctorischer Gesetze, völlig unzulässig sey. Allein die Praxis irrt hier im Resultate nicht, wenn sie sich gleich zuweilen unrichtig des Ausdrucks Ausdehnung bedient. Denn die Päpste stellen in den Fragmenten, worin jene beyden Fälle entschieden werden, das Gesetz, welches damals nach katholischen Begriffen über den Eid herrschend war, und selbst von den Kaisern anerkannt ward *p)*, als Entscheidungsgrund auf, zeigen also nur die Anwendung eines, beyläufigerwähnten allgemeinen Gesetzes auf ein Paar vorgelegte Fälle, und überlassen nun die Anwendung desselben auf alle Fälle dem richterlichen Urtheil. Ein völlig gleiches Beyspiel geben die bekannten Fragmente, worin die Päpste den Kindern bey bedingten Fideicommissen, ausser der Rückhaltung des Pflichttheils, auch noch den Abzug einer quarta trebellianica gestatten *q)*.

p) Auth. Sacram. pub- C. si advers. vend.

q) Cap. 16. 18. X. de testam. Mein System des Pand. R.

§. 778. not. n.

Zur Erläuterung dessen, was vorhin über singulaire Gesetze gesagt ist, liefert L, 63. pr. pro socio ein vortreffliches Beyspiel. Ulpian giebt hier dem Gesellschafter das beneficium competentiae, und führt als Grund an: hoc enim summam rationem habet, quum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat. Hier entsteht nun die Frage: haben auch die Brüder das beneficium competentiae? Viele bejahen es, verrathen aber dabey eine sichtbare Verlegenheit *r*), indem sie sich dunkel den Eiwand machen: wie läßt sich doch jene Vorschrift über Gesellschafter auf die Brüder ausdehnen, da das beneficium competentiae ausgemacht ein jus singulare ist, und jura singularia nicht ausdehnend erklärt werden dürfen? Hält man den Grund eines Gesetzes, und einen gesetzlichen Entscheidungsgrund für einerley, so muß man durchaus den Brüdern das beneficium competentiae absprechen, unterscheidet man aber beyde, so ist die Praxis, welche es den Brüdern zuschreibt, leicht gerettet.

r) Vergl. E. Tenzel de beneficio competentiae. Erf. 1719 §. 18. E. F. Goclenii D. de eod, arg. Rintel. 1702. §. 11. C. H. Horn de benefic. comp. civitatibus non compet. Erf. 1706. §. 9. Höpfner Comment. §. 1138.

Ulpian war ja kein Gesetzgeber, und er gestattete das *beneficium competentiae* den Brüdern gewiss nur deswegen, weil er es aus den Gesetzen ableiten zu können glaubte. Ein solches Gesetz fand er nun in der Vorschrift: Brüder haben das *beneficium competentiae*, und dieses Gesetz wird denn beyläufig in L. 63. cit. als Entscheidungsgrund in Betreff der Gesellschafter angeführt. Wer also den Brüdern nach jenem Fragmente das *beneficium competentiae* zuschreibt, dehnt kein Gesetz aus, sondern wendet nur eine beyläufig aufgestellte Vorschrift an.

Für die Grundsätze von der einschränkenden Auslegung enthält ein passendes Beyspiel cap. 6. X. qui filii sint legitimi. Obgleich in dieser Decretale die allgemeine Regel aufgestellt wird, daß die Ehe durch sich selbst die Legitimation der Kinder zur Folge habe, so wird darin dennoch von dem Papst Alexander III. den adulterinis diese Wohlthat abgesprochen, gewiss deswegen, weil es damals Rechtssatz war: der Ehebrecher darf die Ehebrecherin nicht heirathen s). War nun die Ehe unzulässig, so folgte auch von

s) Cap. 1. X. de eo qui dux. in matrim. quam polluit per adult.

selbst die Unmöglichkeit der Legitimation durch die Ehe. Allein in der Folge ward unter Modificationen die Verheirathung des Ehebrechers mit der Ehebrecherin gestattet *t*). Hier entstand denn nun die, bis jetzt bestritten gebliebene *u*) Frage: ob die adulterini nicht wenigstens jetzt legitimirt werden, wenn ihre Eltern sich heirathen? Geht man bey der Beantwortung dieser Frage von der Idee aus: der Grund der gesetzlichen Vorschrift in Cap. 6. X. cit. sey weggefallen, so läßt sich die Legitimation nicht vertheidigen, weil ein Gesetz ob cessantem rationem nicht beschränkt werden darf. Allein sehr leicht ist es, die entgegengesetzte Behauptung zu rechtfertigen, wenn man die Entscheidung des Cap. 6. X. cit. für eine bloße Anwendung des alten Rechtssatzes: Ehebrecher dürfen sich nicht heirathen, erklärt, wie sie es wirklich ist. Diese Entscheidung muß denn von selbst mit Einführung des neuen entgegenstehenden Rechtssatzes fallen. Denn alles, was durch

t) Cap. 3. 6. X. eod. cap. 1. X. de convers. cap. infidel.

u) Vergl. J. H. Boehmer de legitimat. ex coitu damnatorum. §. 18 — 25.

bloßes Urtheil gefolgert ist, muß verschwinden, sobald der Grundsatz, worauf die Folgerung beruht, vernichtet wird, und ein Gesetzgeber kann vernünftiger Weise seine Rechtsätze zu keinem andern Zweck aufheben, als damit der neue Rechtssatz den alten mit allen seinen Folgesätzen vernichte. Denn den Grundsatz aufheben, und die Folgesätze beybehalten, heißt eigentlich eben so viel, als billigen, was man verwirft. — Auf eben diese Art muß man den, freylich auch bestrittenen Satz x) deduciren, daß eine Kirchen-Emphyteusis im Zweifel auf alle Erben übergeht. Denn die entgegengesetzte Bestimmung der Nov. 7. c. 3. pr. ist nichts weiter, als eine Folgerung aus dem Rechtssatz dieser Novelle, daß eine Kirche ihre Emphyteusen nicht auf immer erblich machen solle. Dieser Rechtssatz ist aber in Nov. 120. c. 6. wieder aufgehoben, mithin fallen nun auch von selbst die Folgerungen, welche die frühere Novelle aus ihrem entgegenstehenden Rechtssatz ableitete.

Obgleich bisher Niemand diese Unterschiede zwischen einer ratio legis und ratio decidendi

x) Euri Lehnrecht. ed. Runde 2. Th. S. 178. Hofacker princ. jur. R. G. T. 2. §. 141. not. 6.

deutlich dachte und entwickelte, so haben doch manche etwas davon dunkel gefühlt. So sagt z. B. Forster y) dafs nach der gemeinen Meynung singulaire und correctorische Gesetze ausdehnend erklärt werden dürften, und setzt dann hinzu: „ampliant istam regulam ut tum maxime procedat, si ratio in lege sit expressa, tunc enim non est extensio, sed potius comprehensio. Habetur enim ratio in lege expressa pro lege generali.“ Wer sieht hier nicht deutlich die dunkel gedachte Bemerkung ausgedrückt, dafs im Römischen Recht die Gründe, worauf die Entscheidungen der Juristen und Kaiser beruhen, eben so, wie die Gründe der päpstlichen Decretalen, nichts weiter sind, als wahre Gesetze, welche beyläufig zur Rechtfertigung des Urtheils angeführt werden? Aber zu welchen falschen Ansichten führt auch jener Satz, wenn man ihn auf Edictal-Gesetze anwenden wollte, welche auf einer wahren ratio legis beruhen? Aus eben jener Vernachlässigung des bisher erörterten Unterschiedes ist denn auch unleugbar gröfstentheils die falsche Regel entstanden: cessante ratione legis, cessat lex ipsa.

y) De juris interpret. L. 2. c. 2. §. 5. nr. 1. 2.

Uebrigens ist von dem Grunde des Gesetzes, d. h. den Ideen, durch welche der Gesetzgeber zunächst zu einer Vorschrift bewogen wird, die Veranlassung des Gesetzes (*occasio legis*) wiederum genau zu unterscheiden. Die letzte ist nichts, als das Factum, welches die Ideen zu einer Vorschrift in dem Gesetzgeber rege gemacht, und kann denn auch insofern zuweilen benutzt werden, um die Absicht des Gesetzgebers aufzuklären *z*). Allein dieser Zusammenhang zwischen der Veranlassung, dem Grunde und der Disposition eines Gesetzes ist nur etwas sehr zufälliges, da eine unbedeutende Anregung große Ideen erzeugen kann, und daher der Grund und die Disposition eines Gesetzes oft viel weiter geht, als dessen Veranlassung *a*).

§. 17.

Was nun die einzelnen Arten dieser logischen Auslegung, und zwar I) die ausdehnende Erklärung (§. 7.) betrifft, so halten die mehr-

z) Z. B. L. 7. C. de tempor. in int. rest. L. un. C. de sentent. quae pro eo quod interest. C. A. Hepke de occasione et ratione legis. Hanov. 1754.

a) L. 1. §. 5. de postulando. Weber v. d. natürl. Verb. §. 63. Bach de lege Anastasiana (opusc. n. 7.) §. 3.

sten Juristen sich hier an den Gemeinpruch: *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio legis*, und manche scheinen es gar nicht einmal zu wissen, daß viele, und unter diesen sehr scharfsinnige Juristen auch noch in andern Fällen eine ausdehnende Erklärung für erlaubt halten.

Es giebt nämlich viele, welche nicht bloß wegen gleicher, sondern auch wegen ähnlicher Gründe die Zulässigkeit der ausdehnenden Erklärung vertheidigen, und eine Menge von Unterschieden annehmen, welche zwischen diesen beyden Interpretations-Arten Statt finden sollen. Unter den Vertheidigern dieser Meynung verdient vor allen andern *Frantzke* *b)* genannt zu werden, dessen Sätze noch neuerlich *Hofacker* *c)* beynah wörtlich angenommen hat.

Es giebt, sagt er, eine doppelte Art der Ausdehnung, nämlich eine solche, welche *propter identitatem*, und eine solche, welche *propter paritatem sive similitudinem rationis* geschieht. Die erste nennt man *comprehensiva*, weil vermittelst derselben eigentlich keine *extensio*, sondern vielmehr eine *comprehensio rationis* ge-

b) Comm, L. I. T. 3. n. 40 — 68.

c) Princ. jur. R, G. T. I. §. 156.

schicht; jedoch ist sie ausdehnend, insofern durch dieselbe ein in dem Gesetz übergangener Fall diesem untergeordnet wird. Diese Auslegung findet bey allen Gesetzen, selbst bey Straf- und correctorischen Gesetzen Statt, nur nicht bey den sogenannten *legibus exorbitantibus*. — Ueber die Natur der andern Art drückt er sich so aus: *sequitur nunc quae fit per similitudinem rationis, ubi in casu expresso et omisso non eadem, sed saltem similis, specie tamen ab altera, quae legislatorem movit, differens ratio est, et describi potest, quod sit progressio de termino expresso in lege ad alium non expressum, propter adaequationem, seu paritatem, vel similitudinem rationis*. Freylich, fährt er fort, verpflichtet ein Gesetz streng genommen nur dann, wenn ein gleicher Grund eintritt, theils weil jede Aehnlichkeit zugleich eine Unähnlichkeit enthält, und theils weil es nicht nothwendig ist, daß der Gesetzgeber für den einen ähnlichen Fall eben das festsetze, was in dem andern gilt; — allein L. II. fgg. de LL. machen es dem Richter ebenfalls zur Pflicht, *propter similitudinem rationis* die Gesetze auszudehnen, auch kommen im Römischen Recht viele Fälle vor, in denen sich die Juristen eben dieser Methode bedienen, z. B.

L. 4. si quadrup. paup. fec. dicat. L. II. ad L. Aquil. besonders §. un. l. de legit. parent. tutela. — Uebrigens findet diese Art der Auslegung nur bey legibus favorabilibus Statt, nicht aber bey odiosis und correctorischen Gesetzen.

Es ist wohl in die Augen fallend, dafs sich nicht leicht eine mislichere, für die Rechtsverfassung gefährlichere Theorie denken läßt, als diese. Es liegt in der Natur der Aehnlichkeit, dafs die ähnlichen Gegenstände in gewissem Betracht einander unähnlich sind, dafs sie in der Hauptsache nichts ganz gleiches haben. Wie weit soll nun die Aehnlichkeit gehen, damit eine ausdehnende Erklärung Statt finde? z. B. das Römische Recht verordnet: der Vater darf seinem blödsinnigen Sohn einen Erben ernennen, weil der Sohn sich selbst kein Testament machen kann. Darf man diefs mit einigen auch auf die stupiden und jähzornigen Kinder ausdehnen, weil es gewissermaßen eben so schlimm ist, ein unvernünftiges Testament zu machen, als gar keines? — Ich möchte doch den Juristen sehen, der hier ein bestimmtes Princip für die Anwendung aufstellen könnte! Bis jetzt hat sich noch Niemand an ein solches Unternehmen gewagt und alle, so viel ich deren kenne, bleiben im-

mer ganz kurz bey ihrem Grundsatz stehen: dafs auch wegen ähnlicher Gründe eine Ausdehnung zulässig sey. — Und dazu zwingt sie wohl die Nothwendigkeit. Denn die ganze Theorie zerstöhrt sich durch ihren eignen Grundsatz. So lange man blofs von Aehnlichkeiten schliesst, läfst sich nie mit Gewifsheit sagen, dafs die Unähnlichkeiten, welche in dem neuen Fall liegen, der Ausdehnung nicht im Wege stehen. Will man behaupten, dafs die Unähnlichkeiten kein Hindernifs machen, so mufs gezeigt werden, dafs die Fälle in der Hauptsache gleich sind, und dann ist eben dadurch jener Grundsatz verlassen.

Ein Gesetzgeber kann es dem Richter zur Pflicht machen, auch wegen ähnlicher Gründe sich der ausdehnenden Erklärung zu bedienen; aber eine solche Vorschrift würde gradezu der gesetzgebenden Klugheit widerstreiten, und es ist daher doppelt wichtig, zu untersuchen, ob das Römische Recht wirklich dergleichen verordnet hat?

Das berühmte Gesetz, worauf man hauptsächlich die ganze Theorie gebauet hat, ist L. 12. de LL. Non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendî, sed quum in aliqua caussa sententia eorum man-

festā est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet. — Die herausgerissenen Worte: ad similia procedere sind das einzige, was man als eine Art von Beweis betrachten könnte. Aber wer sieht hier nicht gleich den Irrthum? Die Aehnlichkeit der Gründe, und die Aehnlichkeit der Fälle sind doch offenbar ganz verschieden. Eine Gleichheit der Fälle setzt die ausdehnende Erklärung nicht voraus, sondern es ist genug, wenn in einem ungleichen Falle ein gleicher Grund eintritt. Durch diese Gleichheit des Grundes wird denn der Fall ein casus similis, und auf solche ist denn jedes Gesetz auszudehnen. Mehr und etwas anderes wird in jenem Gesetz auf keine Weise gesagt, und leicht hätte man die etwanige Zweydeutigkeit desselben durch Vergleichung andrer Gesetze aus dem Wege räumen können. In L. 13. eod. sagt Ulpian ausdrücklich: quoties lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri. Deutlicher kann man doch wohl die Ausdehnung auf ähnliche Fälle nicht auf das Zusammentreffen gleicher Gründe ein-

schränken! Dafs ähnliche übergangene Fälle mit unter ein Gesetz gezogen werden sollen, wird noch an mehreren Orten gesagt *d)*; dafs aber wegen ähnlicher Gründe die Ausdehnung geschehen könne, dieß ist, so viel ich weiß, an keinem Ort gebilligt.

Noch weniger kommt es den Gegnern zu Stat-
ten, wenn auch in einzelnen Fällen die Römi-
schen Juristen wirklich nach Aehnlichkeiten Ge-
setze ausdehnten. Denn das bloße Beyspiel der
Juristen bindet uns nicht, wenn ihre Verfah-
rungsart sich aus allgemeinen Grundsätzen nicht
rechtfertigen läßt (§. 11.)

Aber auch die Beyspiele, welche man anführt,
beweisen nicht im Geringsten, dafs die Römi-
schen Juristen wirklich nach bloßen Aehnlich-
keiten geschlossen haben. Die angeführte L. 4.
si quadrupes pauper. fec. dic. erwähnt der be-
kannten Ausdehnung des Gesetzes, welches na-
mentlich nur von vierfüßigen Thieren gehandelt
hatte, auf Thiere andrer Art. Aber was be-
weist dieß? Nichts weiter, als dafs man ähnli-
che Fälle, gleicher Gründe wegen, dem
Gesetz unterordnete. Dasselbe gilt in Ansehung

d) Z. B. 27 de LL. L. 34. §. 7. de contr. emt.

der L. II. ad L. Aquiliam. Denn in der Sache selbst ist es doch wohl einerley, ob Jemand mit seinem Körper, oder einem fortgeschleuderten Stein Jemand beschädigt! — Das Scheinbarste, was man anführt, ist die legitima parentum tutela. Sehr merkwürdig ist in dieser Hinsicht folgendes aus Ulpian Fragm. T. XI. §. 3. 5. legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt, per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex L. XII. Tab. introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni. — Qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente, vel a coemtore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius appellatur. Hier haben wir ja, sagt Frantzke, eine dreyfache Art der Tutel; die der Agnaten, welche das Gesetz ausdrücklich nennt; der Patronen, welche als Erben wegen der sententia legis zur Tutel gerufen werden; und die der Aeltern, welche sich weder auf die Worte, noch auf die sententia des Gesetzes gründet, sondern einzig und allein wegen der Aehnlichkeit des Grundes recipirt ist.

Allein ich kann in der Einführung dieser Art der Tutel keine solche Auslegung entdecken.

Zu der Zeit, als die *tutela fiduciaria parentum* eingeführt wurde, hatte der Vater, als *manu missor* seines Sohnes, noch kein Erbrecht. Man mochte gute Gründe haben, ihn zur Tutel zu rufen, und gewiss hatte man Gründe dazu; aber diese Gründe konnten der Natur der Sache nach den Gründen, von welchen die Verfasser der 12 Tafeln ausgingen, weder gleich noch ähnlich seyn, so lange der Vater nicht in der Eigenschaft eines Patrons auf das Vermögen des Kindes ein Erbrecht erhalten hatte. Freylich ward er als Patron — *per similitudinem* — zur Tutel gerufen; aber offenbar lag hier ja nicht die *similitudo* in den Gründen, sondern in dem Resultat der Vorschrift; und von dem letzten kann hier ja auf allen Fall nicht die Rede seyn. Ich kann daher auch dieses Beyspiel, so scheinbar es auf den ersten Anblick seyn mag, auf keine Weise als passend und beweisend anerkennen.

Das Resultat dieser Erörterungen würde mithin kein anderes seyn, als dafs die Vorschriften eines Gesetzes nur dann auf die in demselben übergangenen Fälle auszudehnen sind, wenn die in diesen liegenden Gründe den Entscheidungsgründen des Gesetzes ganz gleich sind, auch sonst

der Ausdehnung keine äußere Gründe im Wege stehen. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß nach der Regel: *minus majori inest*, stärkere Gründe nicht weniger Gewicht haben können, als die gleichen. Ein Beyspiel einer Ausdehnung ob *rationem fortiozem* kommt in L. 32. pr. ad L. Aquil. vor.

§. 18.

Um die Materie von der ausdehnenden Erklärung zu erschöpfen, und die Erfordernisse derselben genau anzugeben, bedarf es noch der Entwicklung folgender Sätze:

1) Keine Ausdehnung ist erlaubt, wenn nicht der Grund des Gesetzes aus demselben erhellet. Ich beziehe mich in dieser Rücksicht auf das vorhin (§. 9.) Gesagte. Ein Schluss von Fällen auf andre Fälle ist mithin nur insofern zulässig, als die in Ansehung jener Fälle angenommenen Entscheidungsgründe auf die übergangenen Fälle passen.

2) Der Gesetzgeber kann seine Vorschriften oft nicht bloß auf einen einzelnen Grund bauen, sondern von mehreren Gründen ausgehen. In diesem Fall ist natürlich die Ausdehnung nur dann erlaubt, wenn in dem übergangenen Fall

alle jene Gründe vereint zusammentreffen, oder wenn es sich zeigen läßt, daß der Gesetzgeber schon allein durch die, in dem übergangenen Fall liegenden Gründe zu jener auf mehreren Gründen beruhenden Vorschrift würde veranlaßt seyn *e*).

3) Es dürfen in dem übergangenen Fall keine Besonderheiten liegen, welche der Anwendbarkeit der Raison äusserlich entgegen stehen. Ein Beyspiel giebt die Frage: ob der Commodans den Commodatar wegen eines unvorhergesehenen Zufalls vor der verabredeten Zeit vertreiben könne? Das Gesetz, welches man für die bejahende Antwort anführt, handelt vom Vermiether, aber augenscheinlich ist hier die Anwendung dieser, wohl zunächst auf die Billigkeit gegründeten Vorschrift auf den Commodatar deswegen nicht richtig, weil der letzte nicht wie der erste dadurch einige Entschädigung erhält, daß er von

e) Frantz'kii comm. L. I. T. 3. n. 44. 45. Grotius de jur. B. ac. P. L. II. c. 16. §. 20. F. G. Houckii Diss. de rat. veter. Ictor. falso suspect. (in Oelrichs Thes. Diss. Belg. V. I. T. 1. n. 7.) c. I. §. 3. Horn de interpr. cap. 3. §. 8. Zachariae Hermeneutik. §. 62. 115.

der Verpflichtung, das versprochene Miethgeld zu bezahlen, befreit wird f).

4) Die ausdehnende Erklärung muß zu einem, einzig und allein aus dem Grunde des Gesetzes abgeleiteten, bestimmten, anwendbaren, Resultat führen, und der Gegenstand, auf welchen die Anwendung geschehen soll, muß durch eine deutliche Grenze bezeichnet werden können. Denn eine willkührliche Entscheidung ist kein Raisonnement aus Gesetzen, und ohne einen Gegenstand ist keine Ausdehnung auf einen Gegenstand denkbar. Ein Paar Beyspiele werden die Sache verdeutlichen. In L. 7. C. de tempor. in integr. rest. hebt Justinian den bey den prätorischen Restitutionen bis dahin Statt gefundenen annus utilis auf, und verwandelt diese Zeit in ein quadriennium continuum. In einem früheren Gesetz g) verwandelte er in einem andern Fall einen eben solchen einjährigen Zeitraum in ein dreissigjähriges tempus continuum, hauptsächlich aus dem Grunde, weil die Berechnung des anni utilis sehr schwierig sey, und viele Chikanen veranlasse. Dieser Grund leitete

f) Höpfners Comment. §. 772. not. (I.)

g) L. 1. C. de annal. except.

Justinian gewifs bey der Verfertigung des ersten Gesetzes, und da entsteht denn die Frage: ob das, was Justinian in Ansehung der Restitution verordnet hat, auch auf die andern ausserdem noch Statt findenden tempora utilia anzuwenden ist? Sieht man blofs auf den Grund, so ist man genöthigt die Frage zu bejahen. Viele betreten auch wirklich diesen Weg *h*). Allein die Meynung des Cujaz, welcher die ausdehnende Erklärung der L. 7. C. cit. verwirft *i*), ist (auch ohne Rücksicht auf den Umstand, dafs L. 7. cit. schon als correctorisches Gesetz nicht ausgedehnt werden darf) wohl unleugbar vorzuziehen. Wir haben hier zwey Vorschriften aus gleichen Gründen, welche in dem einen Fall den annus utilis in einen vierjährigen, in dem andern in einen dreyfsigjährigen Zeitraum verwandeln. Welcher Norm soll nun der Richter in den übergangenen Fällen folgen? In den Gesetzen selbst sind keine Gründe angegeben, welche hiebey als leitendes Princip dienen könnten; ein willkührliches Wählen, oder ein sogenanntes Schnitterurtheil ist ebenfalls unzulässig.

h) Z. B. Stryk U. M. de aedil. edict. §. 45.

i) Observ. L. II. c. 18.

Es ist hier also ein Fall, wo ein gewissenhafter Richter, dem die Vervollkommnung des Rechts am Herzen liegt, sich jeder Neuerung enthalten, und die gesetzgebende Gewalt auffordern muß, das Angefangene zu vollenden, und dadurch die Statt findenden Inconsequenzen aufzuheben.

Ein anderes Beyspiel ist folgendes. Bekanntlich dehnt man die Vorschriften der Lex Rhodia de jactu auch auf andere Fälle aus, und unter andern auch auf den Fall, wenn, um die Ausbreitung einer Feuersbrunst zu hemmen, gewisse Gebäude niedergerissen werden. Hier sollen denn die Nachbarn pro rata dem Eigenthümer der niedergerissenen Gebäude den erlittenen Schaden vergüten. Allein wenn man hier auch überhaupt eine Gleichheit des Grundes annimmt: so entsteht doch vor allen Dingen die Frage: Kann die Contribution nach einem vernünftigen Mafsstabe repartirt werden, und nach dem Grunde des Gesetzes geschehen? Diefs ist nicht möglich. Der Gewinn des nächsten Anwohners ist ja offenbar gröfser, als der des nächstfolgenden, u. s. w. Der Mafsstab, welchen die Lex Rhodia annimmt, darf also nicht zum Muster genommen werden, Der Richter kann mithin

in dem gegebenen Fall sein Object gar nicht fixiren, und dadurch fällt denn die Ausdehnung jener Vorschrift von selbst weg^k). — Aus eben diesen Gründen würde denn auch die Nicht-Anwendbarkeit der Verordnung des Römischen Rechts, nach welcher der Vater, welcher 3, 4, oder 5 Kinder gezeugt hat, sich von der Uebernehmung der Tutel befreyen kann, sehr leicht gezeigt werden können.

5) Jede ausdehnende Erklärung ist unbedingt zu verwerfen, wenn der Gesetzgeber dieselbe ausdrücklich, oder auf andre Weise verboten hat. Nettelbladt meynt zwar, ein solches Verbot enthalte eine wahre Ungereimtheit, wenn der Gesetzgeber Fälle, auf welche der Grund des Gesetzes passe, übergangen habe^l); allein es wäre zu wünschen, daß der Verfasser auch hier seine geisttödtende Philosophie verleugnet, und mehr gedacht, als demonstriert hätte. Ich habe schon an einem andern Orte zu zeigen gesucht, daß ein solches Verbot sehrweise Gründe haben kann, und daß es deswegen Pflicht des Richters ist, demselben buchstäblich nachzukom-

k) Vergl. Voet Comm. L. 14. T. 2. §. 18.

l) Diss. de decis. cas. sec. analog. cap. 1. §. 5.

men m). Es giebt Fälle, in denen die Ausdehnung eines Gesetzes nach dem Grunde desselben zu den größten Willkührlichkeiten Veranlassung geben kann. Diesen vorzubauen, dazu ist der Gesetzgeber verpflichtet, und nur dann würde man allenfalls von Ungereimtheiten sprechen können, wenn der Gesetzgeber ein solches Verbot mit der Erklärung begleitete, daß er selbst seine Vorschrift auf die etwa übergangenen gleichen, oder stärkeren Fälle nie ausdehnen wolle. Es ist unbegreiflich, wie so viele diese natürliche Ansicht verfehlen, und wie man verbieternde Gesetze jener Art so willkührlich und geistlos chikaniren konnte. Die Nov. 115. ist in dieser Hinsicht vorzüglich merkwürdig. Auch gleiche übergangene Fälle, sagt Nettelbladt a. a. O., gehören unter die Novelle, denn Justinian verbietet ja nicht die Ausdehnung, er sagt nicht: nur die Fälle sollen angenommen werden, welche hac serie expresse continentur, sondern, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur. — Das sind doch wohl absurda ad evitanda absurda! Nur das, was nach den Worten, und

m) Versuche über einzelne Th. d. Theorie d. R. i. B. S.

dem juristischen Sprachgebrauch unter die Novelle subsumirt werden kann, gehört unter dieselbe. In dieser Rücksicht läßt es sich wohl mit Köchy vertheidigen, daß der Sohn enterbt werden kann, welcher seinen Vater durch einen Dritten verwunden liefs *n*); aber nicht, „weil jedes Gesetz aus seinem Grunde zu erklären, und dahin auszudehnen ist, wohin die Raison desselben offenbar führt, : sondern weil nach dem juristischen Sprachgebrauch die Handlung des Dritten als Handlung des Sohnes zu betrachten, und also der Fall unter den Worten der Novelle begriffen ist *o*).

§. 19.

Besonders wichtig ist noch die Frage: welche Gesetze überhaupt einer ausdehnenden Erklärung fähig sind? Nicht alle beantworten diese Frage auf gleiche Weise. Soviel ist

I) gewiß, daß Privilegien im eigentlichen Verstande nicht wegen der Gleichheit des Grundes auf andere Fälle, und andre Personen ausgedehnt werden dürfen *p*).

n) Medit. üb. versch. Rechtsm. I. S. N. 21.

o) C o c c e i i jus controv. Tit. de inoffic. test. qu. 13.

p) §. 6. I. de jure nat. gent. et civ.

2) Eben diefs ist nach der Meynung der meisten alsdann der Fall, wenn ein Gesetz aus besonderen Gründen von einem streng-juristischen Grundsatz des natürlichen, oder des positiven Rechts gewisse Ausnahmen gemacht hat (*jus singulare*, oder, wie es unsre älteren Juristen nennen, *jus exorbitans*). Wir haben hierüber ausdrückliche Gesetze. *Quod contra rationem juris receptum est*, sagt Paulus in L. 14. de LL., *non est producendum ad consequentias*. Beynah mit eben den Worten wird dasselbe in L. 141. pr. de R. I. wiederholt, und in L. 162. l. c. heifst es nochmals: *quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi*.

Indefs giebt es manche, welche das Gegentheil behaupten. Ich nenne unter diesen nur Conradi, als den gründlichsten und scharfsinnigsten q). Die angezogenen Fragmente, sagter, verbieten nicht jede ausdehnende Erklärung; sie wollen nur, dafs ein solches *jus singulare* nicht über seinen Grund ausgedehnt werde; dafs man nicht unter dem Schein jeder Billigkeit, oder

q) C. G. Schulze (praes. F. C. Conradi) ad Julii Pauli ex libro singulari de jure singulari reliqua. Fragment. 1. §. 9 — 12.

wegen jeder Aehnlichkeit des Grundes von der Regel des gemeinen Rechts abweiche. Tritt hingegen ein gleicher Grund ein, so haben wir ja die allgemeine Vorschrift, daß der Grund des Gesetzes die Stelle eines Gesetzes vertritt, und wir müssen mit Cicero sagen: *quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est; valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat.* — Auch haben wir viele Beyspiele, welche zeigen, daß die Römischen Juristen wirklich *jura singularia* ausdehnend erklärten, z. B. L. 9. §. 2. de edendo. L. 32. ad L. Aquil. L. 20. de re judicat. L. 63. pr. pro socio.

Nach dem, was ich oben ausgeführt habe, ist die Widerlegung dieser Gründe wenig Schwierigkeiten unterworfen. Daß die Römischen Juristen nach bloßen Aehnlichkeiten Gesetze ausdehnten, ist unerweislich, und nirgend hat Justinian ein solches Verfahren erlaubt (§. 18.). Doppelt sonderbar wäre es mithin, wenn in den Pandekten sich die Vorschrift fände, daß ein *jus singulare* nicht wegen Aehnlichkeit des Grundes erweitert werden solle, grade als wenn dieß bey andern Gesetzen erlaubt wäre. Durch den Ausdruck: *non producendum ad consequentia, oder ad consequentias*, bezeichnen auch die Römi-

schen Juristen nichts anders, als was ich darunter begriffen habe. Die legitima patronorum tutela entstand durch einen Schluss von gleichen Gründen, und doch sagt Ulpian von den Patronen: tutores sunt per consequentiam ^r). — Das Wichtigste werden für manche die angeführten Beyspiele seyn; aber auch diese sind nicht von grofser Bedeutung. Denn die Procedur der Römischen Juristen kann uns, wie ich vorhin (§. II.) erinnert habe, nicht zum Muster dienen, wenn allgemeine Gesetze und die Natur der Sache uns gebieten, einen andern Weg zu betreten. Aber auch jene Gesetze beweisen im Grunde nicht, was sie beweisen sollen. Der Prätor hatte es den Argentarien zur Pflicht gemacht, ihre Rechnungsbücher zu ediren. Bey der Interpretation des Edicts bemerkt Paulus: nummularios quoque non esse iniquum cogi rationes edere, Pomponius scribit, quia et hi nummularii, sicut argentarii, rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam, et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur; et frequentissime ad fidem eorum decurritur. Betrachtet man das Fragment genau, so

r) Fr. Tit. XI. §. 3. 24. 2. V. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840. 841. 842. 843. 844. 845. 846. 847. 848. 849. 850. 851. 852. 853. 854. 855. 856. 857. 858. 859. 860. 861. 862. 863. 864. 865. 866. 867. 868. 869. 870. 871. 872. 873. 874. 875. 876. 877. 878. 879. 880. 881. 882. 883. 884. 885. 886. 887. 888. 889. 890. 891. 892. 893. 894. 895. 896. 897. 898. 899. 900. 901. 902. 903. 904. 905. 906. 907. 908. 909. 910. 911. 912. 913. 914. 915. 916. 917. 918. 919. 920. 921. 922. 923. 924. 925. 926. 927. 928. 929. 930. 931. 932. 933. 934. 935. 936. 937. 938. 939. 940. 941. 942. 943. 944. 945. 946. 947. 948. 949. 950. 951. 952. 953. 954. 955. 956. 957. 958. 959. 960. 961. 962. 963. 964. 965. 966. 967. 968. 969. 970. 971. 972. 973. 974. 975. 976. 977. 978. 979. 980. 981. 982. 983. 984. 985. 986. 987. 988. 989. 990. 991. 992. 993. 994. 995. 996. 997. 998. 999. 1000.

leuchtet es bald ein, daß Paulus eigentlich kein *jus singulare* ausdehnt. Es ist hinlänglich bekannt, daß die Römischen Juristen unter den Kaisern überall der Billigkeit, oder dem natürlichen Recht folgten, wo das Civil-Recht nicht namentlich das Gegentheil geboten hatte s). In dem gegebenen Fall war nun die Billigkeit dessen, was der Jurist vertheidigt, ganz offenbar, und die Vorschrift des Prätors enthielt hier also eigentlich nicht den Grund des von Pomponius vertheidigten Satzes, sondern veranlaßte nur denselben zur Vertheidigung desselben. Was nach der Billigkeit in allen Fällen Rechtens seyn sollte, wird dadurch nicht ausgeschlossen, weil der Gesetzgeber namentlich in einem besondern Fall der Billigkeit folgt. Eben solche Fälle sind es, welche in L. 32. ad L. Aquil. und L. 20. de re judic. vorkommen. In dem letzten Gesetz nimmt der Jurist ausdrücklich seinen Entscheidungsgrund daher: *quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio*. Die L. 63. pr. pro socio, wo Ulpian auch dem, welcher in einer particulairen Societät steht, das *beneficium competentiae* einräumt,

s) Weber über die nat. V. §. 45. 46.

weil dieß die stärksten Gründe für sich habe, quum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat, diese Stelle weiß ich freylich nach meinen Grundsätzen nicht zu rechtfertigen; aber auch nach den Grundsätzen, welche Conradi vertheidigt, wird es schwer seyn, Ulpian hier von dem Vorwurf der Willkühr zu retten. Der ganze Schluss ist auf ein gewissermafsen gebauet, und wie sich dieß mit gleichen Gründen verträgt, sehe ich nicht ein. Es waren daher andere Juristen in Betreff dieses Puncts der entgegengesetzten Meynung *t*). Auch lassen sich wider alle jene Beyspiele, selbst wenn sie sagten, was sie sagen sollen, bestimmte Entscheidungen anführen, wodurch die Juristen die logische Ausdehnung eines *juris singularis* gradezu verwarfen *u*).

t) L. 16. de re judicata. Ich kann hier nichts anders, als eine Antinomie finden, und halte die mancherley Vereinigungsversuche, welche Cocceii Tit. pro socio. qu. 13. Voet ibid. §. 20. und Boehmer jus D. eod. §. 24. gemacht haben, sämmtlich für höchst gesucht und erzwungen.

u) L. 23. §. 3. de fideicomm. libertat.

§. 20.

Fast noch bestrittener, als die Lehre von der Ausdehnung singulairer Gesetze, ist 3) die Frage: ob correctorische Gesetze ausdehnend erklärt werden dürfen? ein Streit, welcher besonders in Ansehung der Frage: ob Brüder von dem Beweise, daß sie die Enterbung nicht verdienten, frey sind? interessant geworden ist x), obgleich er gar nicht zu dieser Frage gehört y). Viele verwerfen die Ausdehnung correctorischer Gesetze unbedingt, theils aus dem irrigen Grunde, weil correctorische doppelsinnige Gesetze im Zweifel strict zu interpretiren sind (§. 15.), theils wegen mehrerer Gesetze, worin gesagt wird, es verstehe sich von selbst, daß dasjenige, was nicht geändert sey, unverrückt in seiner Gültigkeit bleibe z). Andre dagegen halten die Ausdehnung solcher Gesetze unbedingt für erlaubt, und zwar nicht bloß deswegen, weil

x) Höpfner Comm. §. 533. not. 2.

y) Denn es wird dabey irrig vorausgesetzt, daß hier den Brüdern ein Beweis obgelegen habe, ehe Nov. 115. erlassen ward. Stein von pflichtwidrigen Testamenten. §. 15. 34. 47.

z) L. 27. C. de testam. L. 32. §. 6. C. de appellat. Nov. 20. c. 9.

kein Gesetz überhaupt correctorische Gesetze von der Regel der L. 12. de LL. ausnehme, sondern auch, weil von den Römischen Juristen, besonders aber von den Kaisern, die Vorschrift correctorischer Gesetze häufig ausgedehnt sey *a*). In Rücksicht des Verfahrens der Juristen beruft sich diese Parthey besonders auf L. 1. pr. vergl. mit L. 11. §. 5. ad L. Aquil. L. 5. C. de bonis quae liberis, in Rücksicht der Verfahrungsart der Kaiser aber auf die mannigfaltigen Rescripte, wodurch, (wie z. B. in der Lehre von den Peculien) nach und nach ältere Rechtstheorien fast ganz umgeworfen wurden.

Wenn man bey diesen verschiedenen Theorien sein Gefühl an einzelnen Beyspielen prüft, so wird man bald auf die eine, bald auf die andre Seite gezogen. Um die Leser auf die folgenden Grundsätze vorzubereiten, will ich nur folgende bekannte Fälle zur Erläuterung ausheben. Nach L. 1. pr. ad L. Aquil. war die Lex Aquilia ein correctorisches Gesetz, welches, wie Ulpian sagt, omnibus legibus, quae ante se de damno injuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim

a) Forster de jur. interpr. L. 2. c. 2. §. 2. n. 9. Horn de interpr. c. 3. §. 12.

tabulis, sive alia quae fecit. Das aquilische Gesetz sprach aber nur sehr beschränkt von dem damno corpore corpori dato, und nun entstand denn die Frage, ob nicht die Vorschrift des Gesetzes auch auf andre Fälle einer widerrechtlichen Beschädigung zu erstrecken sey? Die Römische Praxis bejahete dieß unbedingt b), und wirklich wird dieß auch Niemand sonderbar finden. Denn ist es im Grunde nicht völlig einerley, ob Jemand durch einen Wurf, oder durch einen Schlag verletzt wird; und was sollte hier bey einer so natürlichen Ausdehnung die Beschränkung allgemeiner Grundsätze veranlassen? Man nehme dagegen die Vorschrift der L. 16. §. I. C. de usufructu. Hier wird festgesetzt, der Nießbrauch solle nicht mehr in 1 und 2, sondern erst in 10 und 20 Jahren verloren gehen, und zwar unter Anführung des Grundes: cum multae et innumerabiles causae rebus incidunt mortalium, per quas homines jugiter retinere, quod habent, non possunt. Dieser Grund paßt nun offenbar nicht bloß auf den Nießbrauch, sondern auch auf die Real-Servituten, und doch wird Jeder fühlen, daß wenn Justi-

b) §. 16. J. de Leg. Aquil.

nian in L. 13. C. de servit. nicht diese Ausdehnung durch Legislation bewirkt hätte, der Jurist als Ausleger schwerlich dazu berechtigt seyn möchte. Denn immer steht hier der Einwand entgegen, daß Justinian bey Abfassung der L. 16. cit die Grundsätze über Verjährung der Real-Servituten kannte, daß er also seine guten Gründe haben mußte, warum er allein in Ansehung des Nießbrauchs seine neue Bestimmung aufstellte.

Grade diese Beyspiele werden am besten dazu dienen, den Leser auf folgende, wie ich jetzt c) glaube, allein richtigen Grundsätze vorzubereiten. Man unterscheide nämlich:

A) ein correctorisches Gesetz ändert zwar etwas am älteren Recht, läßt aber auch andre Bestimmungen desselben ungeändert, auf welche gleichfalls der Grund der correctorischen Bestimmung paßt, wie es bey L. 16. cit. der Fall ist. Hier muß man nun wegen des Princip der logischen Ausdehnung dieselbe durchaus verwerfen. Der ganze Gesichtspunct, worauf die logi-

c) Ehemals vertheidigte ich selbst unbedingt die Ausdehnung correctorischer Gesetze. Meine Versuche I. B. S. 256 — 258, und die erste Auflage dieser Schrift §. 14.

sche Ausdehnung beruht, reducirt sich nach I. 12 — 16. de LL. auf das einfache Raisonnement: der Gesetzgeber wird nicht so durch die Erfahrung zur Beobachtung geweckt, wie der Richter. Kommen diesem also in seinem Wirkungskreise Fälle vor, an welche der Gesetzgeber nicht dachte und denken konnte, so soll er durch Ausdehnung die Fehler der Gesetze bessern. Diese ganze Ansicht läßt sich nun aber bey correctorischen Gesetzen, insofern sie etwas vom älteren Recht ungeändert lassen, gar nicht anwenden. Denn wenn der Gesetzgeber sogar von den Unterthanen unbedingt Kenntnifs des Rechts verlangt, und es ihnen zum Vergehen anrechnet, wenn sie ihre eigenen Facta vergessen, so muß man von ihm selbst durchaus vermuthen, daß er die Gesetze genau kennt. Läßt er also etwas von denselben stehen, so geschieht dieß, juristisch betrachtet, wissentlich, und das Anwenden der Grundsätze in Betreff unbekannter Fälle wäre hier also ganz am unrechten Ort. Man muß vielmehr einfach so raisonniren: ein Gesetzgeber, welcher das ganze ältere Recht kennt, und doch nur einen Theil desselben aufhebt, hat wissentlich das Uebrige stehen lassen, und muß mithin Gründe gehabt haben,

warum er die correctorische Vorschrift so sehr beschränkte. Der Jurist darf hier also nicht ändern, was der Gesetzgeber bestimmt wollte.

B) Es kann aber auch der Fall seyn, daß der Grund einer correctorischen Verordnung auf Fälle paßt, welche in dem älteren ungeändert gelassenen Rechte nicht entschieden sind, wovon grade die vorhin erwähnten Fragmente aus dem Tit. ad L. Aquiliam ein Beyspiel geben. Hier steht der Ausdehnung durchaus nichts entgegen. Denn wenn der Gesetzgeber allgemein sagt, man solle alles, was er überschen habe, der Gleichheit des Grundes wegen unter die beschränkte Disposition seiner Gesetze ziehen: so ist kein Grund einzusehen, warum nicht auch bey correctorischen Gesetzen der Richter die Fehler bessern soll, welche von der beschränkten Beobachtung des Gesetzgebers herrühren.

Wahrscheinlich hat die einseitige Rücksicht auf den einen oder andern jener zwey Fälle die beyden oben erwähnten Theorien veranlaßt, welche sich nun nach diesen Voraussetzungen leicht widerlegen lassen. Die Gesetze, worauf sich die erste Parthey beruft, verwerfen allerdings die Ausdehnung correctorischer Bestim-

mungen; aber keineswegs unbedingt, sondern nur insofern, als diese Ausdehnung eine ungeändert gelassene ältere Bestimmung aufheben soll. Hier gilt denn freylich, was Justinian in L. 27. C. de testam. sagt: quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? In Ansehung des zweyten Falles hingegen verwirft kein Gesetz die Ausdehnung, und für diesen Fall beruft sich denn die andre Parthey ganz richtig auf L. 12. de LL. Allein eben so irrig ist es, wenn aus diesem Gesetz eine Regel für alle Fälle gebildet wird, und noch irriger, wenn diese Parthey zur Rechtfertigung ihrer unbedingten Regel sich auf die Verfahrungsart der Römischen Kaiser und Juristen beruft. Das Beyspiel der ersten kann unleugbar gar nicht in Betracht kommen, weil sie bey ihren Aenderungen nicht gesetzeslegend, sondern gesetzgebend verfahren. Eben so wenig kann uns nach dem Obigen (§. II.) die Verfahrungsart der Juristen zum Muster dienen, um durch sie zur Vernichtung allgemeiner Grundsätze geleitet zu werden, am wenigsten aber hier, wo die citirten Beyspiele die Theorie der Gegner nicht einmal unterstützen. Denn L. 1. pr. vergl. mit L. 11. §. 5. ad L. Aquil. rechtfertigt bloß die Ausdehnung für den, vorhin unter

B. erwähnten Fall, wo sie nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist, und L. 5. C. de bonis quae liberis enthält bloß einen Fall, da ein Jurist ein correctorisches Gesetz der Billigkeit wegen ausdehnte. Diefs ist denn aber, wie bereits bey einer andern Gelegenheit (§. 19.) erinnert ist, nicht als eine, auf dem Grunde eines Gesetzes beruhende eigentliche Ausdehnung zu betrachten.

Uebrigens müssen diese Principien über die Ausdehnung correctorischer Gesetze, ganz aus den bisher erörterten Gründen, auch bey denjenigen Gesetzen angewandt werden, welche nicht grade etwas wider (contra) das ältere Recht bestimmen, aber doch in Verhältniß zu demselben. Ein Beyspiel gibt L. 12. C. de acquir. vel retinenda possessione. Hier wird nur die, his dahin gesetzlich unbestimmt gewesene Frage entschieden: ob der Besitzer auf fremden Namen durch Verlassen des Besitzes den juristischen Besitz des Principals aufheben könne? Diese Frage wird nun verneint, und zwar aus dem allgemeinen Grunde: ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Eigentlich paßt nun auch dieser Grund auf den, vor L. 12. cit. ausge-

macht zum Nachtheil des Principals entschiedenen Fall, wenn die Mittelsperson sich selbst durch Gewalt den Besitz angemafst hat *d*). Dennoch hat bisher Niemand die Ausdehnung der L. 12. cit. auf diesen Fall vertheidigt, und zwar vollkommen richtig. Denn Justinian kannte ja die, von ihm selbst publicirte Bestimmung des Pandekten-Rechts über diesen Punkt. Aenderte er sie also nicht, so muß man mit ihm selbst sagen: warum wollt ihr eine Bestimmung als geändert ansehen, wenn der Urheber derselben sie selbst nicht aufhob?

§. 21.

Ein ähnlicher Streit, wie über correctorische Gesetze, findet 4) auch in Ansehung der Strafgesetze Statt. Die mehrsten halten die Ausdehnung derselben für unzulässig *e*), jedoch nicht alle aus gleichen Gründen. Einige stützen sich auf L. 42. de poen. L. 155. §. 2. de R. J. Andre verwerfen

d) Mein Pandekten-System §. 307. (in der zweyten Auflage.)

e) Vergl. Forster de jur. interpr. L. 2. c. 2. §. 4. Franzke comm. L. 1. T. 3. n. 40 — 70. Feuerbach Revision. 2. B. S. 17. folg. A. C. Jordan de propriis legum poenal. interpretand. principiis. Goett. 1799.

die Ausdehnung besonders deswegen, weil kein jus singulare ausgedehnt werden dürfe, jedes Strafgesetz aber, als reines Product des bürgerlichen Rechts, immer eine Singularität enthalte. Vieles mag zu dieser Theorie noch die Bemerkung beygetragen haben, daß es wirklich selten einen Fall gibt, da sich mit Gewißheit behaupten läßt, daß die Gründe eines Strafgesetzes vollkommen in einem andern Fall zutreffen, und die Ausdehnung nicht irgend etwas bedenkliches habe. Allein jene beyden Gründe rechtfertigen diese Theorie nicht. Zuerst gehören die citirten Gesetze gar nicht hieher. Denn sie reden nicht von der ausdehnenden Erklärung wider den Wortverstand, wenn der erwiesene Grund des Gesetzes diese Ausdehnung rechtfertigt, sondern von der milden Erklärung eines zweydeutigen Gesetzes im zweifelhaften Fall. Diese Vorschrift nun: in ambiguo geht der mildere Wortsinn vor, enthält offenbar noch nicht die zweyte ganz verschiedene: der klare Grund eines Strafgesetzes soll auf vergangene Fälle nicht angewandt werden *f*). Eben

f) Rapolla der Rechtsgelehrte, in Griesingers Uebersetzung L. 2. §. 87.

so unbeweisend sind die, von der singulairen Natur der Strafgesetze entlehnten Gründe. Unsere neuere Philosophie hat zwar diesen Gesichtspunkt angenommen, aber er war nicht der Gesichtspunkt der Römischen Juristen, welche ungeachtet ihres Grundsatzes, daß jura singularia nicht ausgedehnt werden dürfen (§. 19.), dennoch überall Strafgesetze unbedenklich da ausdehnten, wo der Grund derselben auf übergangene Fälle vollkommen paßte g). Nicht bloß wegen dieser Beyspiele, welche auf ein allgemeines Princip der Römischen Juristen schließen lassen, muß man also die Ausdehnung der Strafgesetze für zulässig halten, sondern auch besonders deswegen, weil kein allgemeines Gesetz, die in L. 10 — 14. de LL. enthaltene Regel, daß Gesetze nach dem Grunde ausgedehnt werden sollen, für Strafgesetze beschränkt hat. Nur eine einzige Einschränkung kann man nach §. 20. rechtfertigen. Wenn nämlich ein neues Strafgesetz etwas von einem älteren aufhebt, etwas davon stehen läßt, und auf diese ungeändert gelassene Bestimmung der Grund der neuen Bestimmung voll-

g) Tot. Tit. ad L. Aquil. L. 2. §. 29. ad SCt. Tertull. L. 7. §. 3. ad L. Jul. Majest. L. 3. de leg. Pomp. de parricid.

kommen paßt. Hier ist freylich die Ausdehnung wider das ältere beybehaltene Recht unzulässig, aber nicht, weil das Gesetz ein Strafgesetz, sondern weil es ein, das ältere Recht nurzum Theil aufhebendes correctorisches Gesetz ist, und insofern unter den Grundsätzen über die Auslegung der correctorischen Gesetze steht.

§. 22.

II) In der Lehre von der aufhebenden Erklärung (§. 7.) gehen viele, besonders die, welche sich nicht auf das Detail dieser Materie einlassen, zum Theil durch die Vermengung einer ratio legis und ratio decidendi (§. 16.) verleitet, von dem Hauptgrundsatz aus: cessante ratione legis, cessat lex ipsa; grade als wenn im Zweifel das Wegfallen des Grundes eines Gesetzes die Vernichtung desselben mit sich führte. Es ist aber wohl nichts gewisser, als daß diese Regel schlechterdings nicht den Namen eines Grundsatzes verdient, und in keinem Betracht die Stelle eines eigentlichen Principis in dieser Materie vertreten kann. Denn was

1) die gänzlich aufhebende Auslegung (§. 7.) betrifft, so verliert ein Gesetz bloß deswegen seine Gültigkeit nicht, weil die Gründe,

worauf dasselbe ursprünglich beruhte, in der Folge ganz wegfielen. „Wie oft behalten wir nicht“, sagt Struben ^{h)}), „die conclusiones, wenn gleich die principia wegfallen, und die ratio legis ferner keine Anwendung findet“. Dieß hat auch gute und wichtige Gründe für sich. Ein Gesetz kann Nutzen haben, ohne daß grade der erste Grund desselben fortdauert; und wenn der Gesetzgeber dasselbe nicht ändert, so muß der Richter ein solches Gesetz so betrachten, wie eine Vorschrift, deren Gründe ihm unbekannt sind. Mehr kann das bloße Wegfallen der Gründe seiner Natur nach nicht zur Folge haben. Auch existirt kein einziges Gesetz, worin nur entfernt darauf hingedeutet wird, daß der Jurist der veränderten Umstände wegen gesetzliche Vorschriften verlassen dürfe, vielmehr kann man L. 35. de R. J. als ein bestimmtes Gesetz wider diese Theorie betrachten. Denn ein Gesetz erhält seine Verbindlichkeit nicht durch seinen Grund, sondern durch seine Sanction. Es muß also auch durch eine entgegenstehende Sanction aufgehoben werden.

h) Rechtl. Bed. 2. Bd. 144. B. a. E.

Die tägliche Erfahrung zeigt indeß leider, daß unsre Praktiker auch hier wieder ihrer unbegrenzten Willkühr weder Maafs noch Ziel zu setzen wissen. Aus den Müllerschen Observationen liesse sich allein eine ganze Reihe von Beyspielen dieser Art anführen, welche manchmal gradezu ins Lächerliche fallen, wie z. B. die Behauptung, daß der Vater nicht mehr verpflichtet sey, seiner Tochter einen Brautschatz zu geben, weil man gegenwärtig in der Regel die Mädchen nicht des Geldes wegen heyrathe *i)*. Ein schönes Seitenstück zu Justinians vielgepriesener *castitas temporum suorum*! Da schon von andern *k)* diese Mißbräuche nach Verdienst gerügt sind, so mag ich mich nicht länger dabey verweilen.

§. 23.

Noch weniger kann ein Gesetz 2) bloß deswegen in dieser, oder jener Rücksicht einschränkend erklärt werden, weil der Grund

i) *Observ. ad Leyser Obs.* 540. Ein anderes Beyspiel gibt *Obs.* 868. — *Langsdorf* von den *usuris ultra alterum tantum*. 2. Abschn. *Dapp v. d. Legitimation zum Process.* §. 147.

k) Besonders von *Weber Reflexionen etc.* §. 18.

desselben nicht auf gewisse Fälle paßt. Der Gesetzgeber darf der Einsicht und Willkühr des Richters nicht alles überlassen. Der Betrug schafft aus Einer Ausnahme eine andere, und ein Gesetz, welches sich ganz nach allen möglichen Umständen bequemte, würde, der Chikane preisgegeben, durch falsche Billigkeit seinen eignen Endzweck zerstören. Durchgreifende Bestimmungen sind daher nothwendig, und deswegen verliert denn auch ein Gesetz darum allein, weil der Grund desselben gewissen Fällen nicht angemessen ist, in Rücksicht dieser Fälle keineswegs seine Gültigkeit. „Ex his, sagen die Gesetze selbst, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur; ad ea potius aptari debet jus, quae et frequenter, et facile, quam quae perraro eveniunt; quod enim semel aut bis existit, praetereunt legislatores l)“; welcher Grundsatz denn auch von den Römischen Juristen in der Anwendung befolgt ist m).

Schon die älteren Juristen fühlten es, daß der Grundsatz: *cessante ratione legis, cessat lex*

l) L. 4. 5. 6. de LL.

m) L. 1. pr. §. 3. de minor.

ipsa, hier nicht unbedingt zur Anwendung gebracht werden könne, und zählten daher diese Materie unter die subtilen, schwierigen, und gefahrvollen *n*). Vollkommen richtig urtheilte schon *Huber* in dieser Hinsicht: postquam lex semel aliquid ob certam rationem statuit, hoc jus aequabiliter custodiendum est, etiam in casibus, si qui dentur, quibus ratio illa non obtinebat. Nam si lex identidem ac ratio minus conveniret, vim suam amitteret, omne jus foret incertum ac momentaneum; — exemplo res fiet clarius; Lex est, impubes ne faciat testamentum, quia nullum est ejus animi judicium. Datur impubes, cui est prudentia ante pilos; quaeritur, an testari possit? non potest *o*). Noch bestimmter haben in der Folge *Averanius p*) und vorzüglich *Voorda q*) und *Weber r*) diese Sätze zu entwickeln, und durch mehrere

n) Forster de jur. interpr. L. 2. c. 3. J. L. Holderie-

der de princip. interpret. leg. adaequatis. Lips. 1736. §. 19.

o) Prael. ad P. L. 1. T. 3. §. 8.

p) Interpr. L. v. c. 10. n. 2. 3.

q) Interpr. L. 1. c. I.

r) Natürl. Verb. §. 64.

Beyspiele zu belegen gesucht, daher es von meiner Seite hier keiner weiteren Ausführung bedarf.

§. 24.

Die Regel ist also, daß ein Gesetz bloß des wegfallenden Grundes wegen nicht restringirend erklärt werden darf. Kann man dagegen zeigen, daß der Gesetzgeber an gewisse Fälle nicht dachte, so sind diese Fälle freylich auszunehmen, aber nicht deswegen, weil dieß eine Limitation der Regel über die Auslegung nach dem Grunde ist, sondern weil jedes Gesetz wegen der wegfallenden Absicht des Gesetzgebers restringirt werden muß (§. 12.)

Ein merkwürdiger Fall dieser Art kommt in L. 15. vergl. mit L. 6. §. 2. de jure patron. vor. Die Lex Aelia Sentia hatte verordnet: wenn ein Patron den Freygelassenen durch einen Eyd verpflichte, nicht zu heyrathen: so solle er und seine Kinder aller Patronatrechte beraubt seyn. Quamvis nulla persona lege excipiatur, fährt Ulpian fort, tamen intelligendum est, de his legem sentire, qui liberos tollere possunt. Itaque si castratum quis libertum jure-jurando adgerit, dicendum est, non puniri patronum hac

lege. Das war wohl ganz offenbar, dafs man durch Zulassung dieser Ausnahme der Absicht des Gesetzgebers nicht entgegen arbeite, wenigstens hatte Ulpian diesen Gesichtspunkt. Eben so ward das Aedilitische Edict nicht auf die sichtbaren in die Sinne fallenden Mängel angewandt. Ein eben solches Beyspiel ist in L. 11. §. 2. de his qui not. infamia: Pomponius eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare; quod verum puto. Aus gleichen Gründen läfst es sich denn auch leicht vertheidigen, dafs die Stellen in Nov. 115., wo Justinian sagt: Die Enterbung solle ex his tantummodo caussis erlaubt seyn, gar nicht auf die exheredatio bona mente facta anzuwenden sind, obgleich die Worte allgemein lauten. Denn der ganze Inhalt der Novelle zeigt, dafs Justinian an diese Enterbungsart nicht entfernt dachte s).

§. 25.

So wie bey der ausdehnenden Erklärung immer vorausgesetzt wird, dafs alle wesentlichen

s) Noch andere Beyspiele finden sich in L. 11. de in jus. vocando. L. 40. de hered. petit.

Gründe des Gesetzes in dem übergangenen Fall zusammentreffen: ebenso erfordert die einschränkende Auslegung, wenn sie überhaupt für zulässig gehalten wird, oder wenn man das Beschränken einer Entscheidung durch ihren Entscheidungsgrund (§. 16.) auch mit dem Namen der einschränkenden logischen Auslegung bezeichnet, daß alle den Gesetzgeber bestimmenden Gründe in dem gegebenen Fall nicht eintreten. Denn ein Gesetz kann zugleich auf mehreren Gründen beruhen, deren jeder einzeln genommen den Gesetzgeber bestimmt haben würde. Fällt also nur Einer dieser Gründe weg: so behält das Gesetz durch die übrigen eben so seine Gültigkeit, als wenn diese Gründe Anfangs nur allein vorhanden gewesen wären.

Man sollte denken, daß jeder Jurist seine Logik so weit einstudiert habe, um nicht gegen diesen Grundsatz zu verstossen. Was kann natürlicher, in die Augen fallender seyn? — und doch scheinen manche sich an den grade entgegenstehenden Grundsatz gehalten zu haben. Der Grund, sagt Hellfeld *t)*, warum die Aeltern nicht an die Vorschriften des gemeinen Rechts

t) Jurispr. for. §. 1481.

gebunden sind, wenn sie bloß unter Kindern testiren, liegt Theils darin, weil ihnen die Kinder Ehrfurcht schuldig sind, Theils darin, weil diese auch ohne ein Testament Erben seyn würden. Dieser letzte Grund trifft nicht zu, wenn die Aeltern ein Kind nicht zum Erben haben wollen, und deswegen kann in einem solchen Testament keine Exheredation geschehen. — Wo bleibt denn aber der erste Grund? War dieser wirklich bestimmend, so verliert er ja nichts von seiner Kraft, auch wenn sein Begleiter ausser Dienst tritt. — Ein anderes Beyspiel giebt die bestrittene *L. 2. §. 1. C. ad SCt. Macedon.* Es heisst hier: *si miles filiusfamilias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato, sive consensu, vel voluntate, vel ratihabitione patris, stare oportet contractum, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae, vel ubi consumtae sint.* In pluribus enim juris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui juris sunt, et ex praesumptione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecuniam accipere et expendere, nisi in causas castrenses. „Es kommt also nicht darauf an, sagt Struben

bey Erläuterung dieses Gesetzes, zu welchem Behuf das Geld geliehen, und auf was Weise es verwandt worden, mithin schützt den Vater nicht, daß solches erweislich verschwenderisch herdurch gebracht ist. Der mehrsten Rechtslehrer Meynung nach streitet daher für den Gläubiger eine *praesumptio juris et de jure*. — Allein die *evidentia rei* entkräftet die stärksten Vermuthungen. Diese ist alsdann vorhanden, wenn die geliehenen Gelder zu Anschaffung der Kriegsgeschäftschaft nicht gebraucht seyn können, und also steht in diesem Fall dem Vater die *exceptio SCti Macedoniani* zu ^{u)}“. — Angenommen auch, daß in diesem Fall überhaupt eine restringirende Auslegung Statt finden dürfte: so fragt sich doch vor allen Dingen, ob denn alle angegebenen Gründe im vorliegenden Fall wegfallen? Der Contract ist wirksam, heisst es in dem Gesetz, Theils weil überhaupt der *filiusfamilias miles* als *homo sui juris* betrachtet wird, Theils weil man hier vermuthet, daß das Geld zum Zweck der *causae castrens* aufgenommen und verwandt sey. Der letzte Grund mag in dem gegebenen Fall nicht eintreten; aber der erste paßt darauf aller-

u) Rechtl. Bed. 2. B. 125; R.

dings, und schon deswegen allein kann hier keine Einschränkung zugelassen werden. — Ebenso irrig ist es, wenn manche behaupten, daß jetzt von dem Schenker Verzugszinsen gefordert werden können, weil die Schenkung gegenwärtig ein *negotium bonae fidei* sey, und in L. 22. de donat. als der Grund der gegentheiligen Vorschrift angegeben werde: *quum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur*. Allein sehr richtig erinnert Weber x) dagegen: damit fällt aber der zweyte Grund keineswegs hinweg, welchen das Gesetz ausdrücklich anführt: *de mora solutionis pecuniae usuras non debere summae aequitatis est*. Dieser Grund würde allein schon hinreichend gewesen seyn, um die Römer auf jene Bestimmung zu führen, und wenn darauf keine Rücksicht genommen werden soll, so muß nothwendig zuvor erwiesen werden, daß es ein bloßer Nebengrund war, dessen man sich allenfalls wohl zur Ausschmückung eines vollständigen Beweises bedient.

§. 26.

III) Die vermischte Auslegung (§. 7.)
ist eine Zusammensetzung aus ausdehnender und

x) Nat. Verb. §. 99. not. 4.

aufhebender Erklärung, mithin ganz den Erfordernissen unterworfen, welche in Ansehung dieser beyden Arten Statt finden, und unzulässig, insofern diese beyden Arten unzulässig sind. Treten daher bey einem Gesetz die Requisite der ausdehnenden, und zugleich die der einschränken- den Auslegung ein, so ist es zugleich zu erweitern und zu verengen. So ist z. B. in L. 12. §. 1. C. de LL. nicht von der Auslegung erklärbarer, sondern von der Erklärung sinnloser Gesetze die Rede, wie der ganze Zusammenhang zeigt. Versteht man nun das Gesetz nicht von dem Gesagten, sondern von dem Gedachten, so ist nichts dagegen einzuwenden, weil die Auslegung nach der Absicht des Gesetzgebers ohne Einschränkung erlaubt ist (§. 12. 24.). Man nehme dagegen L. 16. §. 1. C. de usufructu. Hier ist auch eine Ausdehnung und Einschränkung denkbar, aber nur die letzte dem Juristen erlaubt. Die erste läßt sich denken, insofern der, in Betreff des Nießbrauchs angeführte Grund auch auf Real-Servituten paßt; aber dieser Erweiterung stehen die Grundsätze von der Ausdehnung correctorischer Gesetze entgegen (§. 20.). Dagegen kann man die Worte: nisi talis exceptio — — repellere, sehr wohl beschränken. Denn wenn

sie auch durch ihre Allgemeinheit zu sagen scheinen, daß der Herr der dienenden Sache eine *usucapio libertatis* vornehmen müsse: so zeigt doch L. 13. C. de servitut. ganz klar, daß Justinian nur die Absicht hatte, sagen zu wollen: der Nießbrauch geht durch Nichtgebrauch nur in der Zeit verloren, in der man das Eigenthum der Immobilien durch Verjährung erwirbt.

§. 27.

IV.) Die dem Wortverstande nicht widerstreitende Auslegung (§. 7.) erfordert keine besonderen Erörterungen. Denn wenn das Resultat des Grundes eines Gesetzes mit dem Wortverstande desselben zusammentrifft, so lehrt die logische Auslegung nichts Neues, und ist insofern ohne Bedeutung. Lassen sich hingegen Dunkelheiten und Zweydeutigkeiten eines Gesetzes aus dem Grunde desselben aufklären und bestimmen: so versteht es sich von selbst, daß der Wortverstand nach dem Grunde des Gesetzes zu verstehen ist, Denn wir haben ja (nach §. 15.) die gesetzliche Vorschrift, daß im Zweifel das, der Natur des Objects angemessenste Resultat vorzuziehen sey.

Natürlicher kann aber wohl nichts seyn, als wenn man voraussetzt, der Gesetzgeber habe sagen wollen, was den Gründen seiner Disposition am meisten gemäß ist *y*). Es gehört also die declarative Interpretation nach dem Grunde des Gesetzes eigentlich zu der Lehre von der Interpretation nach der vorauszusetzenden Absicht des Gesetzgebers (§. 15.).

§. 28.

Ich würde hier diesen allgemeinen Theil schliessen, wenn ich nicht noch über die *Analogie* etwas zu bemerken hätte, welche ich bis hieher absichtlich übergieng.

Das Wort *Analogie* wird täglich gebraucht; alle berufen sich darauf, und doch gibt es jetzt nur wenig Schriftsteller, welche gleiche Begriffe mit diesem Worte verbinden. Einige denken darunter sogar die Unterordnung einzelner Fälle unter ein allgemeines Gesetz *z*); die meisten hingegen bezeichnen dadurch den Schluss von einem entschiedenen ähnlichen, auf einen andern nicht entschiedenen ähnlichen Fall.

y) Forster de juris interpret L. 2. c. 4.

z) Repertor. des Staats- und Lehnr. voc. Analogie §. 1.

Diese unterscheiden denn wieder mit Nettelbladt *a)* von der Analogie eine sogenannte *decisio secundum argumentum legis*, wodurch die, einen Fall betreffende Entscheidung umgekehrt auf einen nicht entschiedenen unähnlichen Fall angewandt wird. Geisler *b)* will dagegen nicht bloß die ausdehnende Erklärung, welche ein Gesetz nach dem Grunde desselben erweitert, sondern auch die einschränkende Erklärung, welche wegen entgegenstehender Gründe den Umfang eines Gesetzes verengt, Analogie genannt wissen, hauptsächlich deswegen, weil man oft zu der Analogie seine Zuflucht nehmen müsse, um Ungereimtheiten und Widersprüche zu vermeiden. Herr H. R. Glück endlich geht sogar soweit, überhaupt das Resultat der logischen, sowohl der ausdehnenden, als der ein-

a) De variis casus in foro obvios decidendi modis in genere. Hal. 1750. §. 29. Idem Diss. de decis. cas. sec. analog. Hal. 1751. cap. II. A. D. Schwarz de recto et legit. usu decid. cas. sec. Analog. Erf. 1751. c. 1.

b) Prol. de analogia jnr. publici. Vitemb. 1784. Ich kenne nur den, sehr vollständigen, Auszug dieser Schrift, welcher sich in Klübers kl. jur. Bibl. I. St. n. II. S. 53. fgg. findet.

schränkenden Erklärung, Analogie zu nennen c).

Wenn man hier von Definitionen und Postulaten ausgeht, oder gar aus der Natur der Sache Gründe hernimmt: so ist alles Streiten vergebens, weil der Gegner von dieser Seite nicht widerlegt werden kann. Was sich dieser oder jener unter Analogie denken will, interessirt Niemand; die Frage ist: was soll man sich darunter denken? und warum grade diefs? Die Beantwortung dieser Fragen ist aber wieder von der sogenannten Natur der Sache ganz unabhängig. Dafs wir mit dem Wort Analogie nicht einen Menschen, ein Thier, einen Stein bezeichnen, ist etwas ganz zufälliges; und also reducirt sich alles auf die letzte Frage: was begreift der Sprachgebrauch unter diesem Worte, oder was sollte nach dem ursprünglichen Sprachgebrauch darunter begriffen werden? Verstand man ursprünglich darunter ein Urtheil nach Aehnlichkeiten, so kann die von entgegengesetzten Fällen hergenommene Entscheidung eines nicht entschiedenen Falles so wenig, als die restringirende Interpretation, Analogie genannt werden.

c) Comment. über die P. L. B. §. 37.

Damit ist denn aber gar nicht gesagt, daß diese Entscheidungsarten nicht existiren, sondern nur, daß ein eigener Name für dieselben aufgesucht werden muß. Ihre Existenz hängt ja nicht davon ab, daß man sie auch mit dem Namen Analogie stempelt.

Aus diesem Gesichtspunct läßt sich der Begriff, welchen Nettelbladt annimmt, und welchen auch die älteren Juristen fast durchgehends annahmen, sehr leicht vertheidigen. Analogia, sagt Gellius *d)*, est similitum similis declinatio; quam quidam Latine proportionem vocant. Noch bestimmter ist die Beschreibung des Varro: veritas et ratio, quae a similitudine oritur, so wie folgende Stelle aus Quintilian *e)*: consuetudo certissima loquendi magistra, utendumque plane sermone, ut nummo, cui publica forma est. Omnia tamen haec exigunt acre iudicium, in analogia praecipue, quam proxime ex Graeco transferentes in Latinum proportionem vocaverunt. Ejus haec vis est, ut id, quod dubium est, ad

d) Noct. Att. L. 2. c. 25.

e) Inst. orat. L. 1. c. 6.

aliquid simile, de quo non quaeritur, referat, ut incerta certis probet.

Ein stärkerer Beweis kann nicht geführt werden, daß bloß der Schluss von ähnlichen Fällen, d. h. die ausdehnende Interpretation, welche wegen Gleichheit der Gründe geschieht, den Namen Analogie verdient. Geschieht der Schluss von entgegengesetzten Fällen auf einen unentschiedenen entgegengesetzten Fall, oder vielmehr schließt man, daß ein entgegengesetzter Grund entgegengesetzte Bestimmungen nach sich ziehen muß: so ist dies wieder eine eigne Art der ausdehnenden Erklärung, die man freylich annehmen muß, weil in einer guten Gesetzgebung Consequenz wesentlich ist, die aber bloß aus diesem Grunde der Analogie nicht untergeordnet werden kann. Da man unter der ausdehnenden logischen Erklärung jede Erweiterung eines Gesetzes nach dem Grunde desselben, oder der Absicht des Gesetzgebers versteht: so würde sie am schicklichsten unter die Arten dieser gerechnet werden. Etwas besonders ist darüber nicht zu bemerken, weil sich das, was von den vorhin entwickelten Arten der ausdehnenden Interpretation gesagt ist, sehr leicht auf diese dritte Art anwenden läßt. Dabey ist aber zu bemerken,

dafs diese Art, welche ich *decisio secundum argumentum legis* nennen will, von der restringirenden Erklärung noch wieder zu unterscheiden ist. Die letzte setzt einen in den Gesetzen wirklich entschiedenen Fall voraus, welcher gegen die Gesetze entschieden wird; die erste hingegen findet dann Statt, wenn ein nicht entschiedener Fall umgekehrt, wie es in Ansehung eines andern Falls in den Gesetzen geschehen ist, entschieden wird. Dort wird eine gesetzliche Entscheidung removirt; hier hingegen ein gesetzlicher Grund mit seinen Resultaten umgekehrt angewandt.

In keinem Betracht scheinen mir daher die Begriffe des Herrn Glück Beyfall zu verdienen. Die logische Interpretation zieht ihre Resultate ja nicht immer aus dem Grunde eines Gesetzes, und es läfst sich nicht analogisch interpretiren nennen, wenn man ein Gesetz auf die Fälle ausdehnt, oder beschränkt, an welche der Gesetzgeber wirklich dachte. Eben so wenig kann das Resultat der restringirenden Interpretation ein analogischer Schluss genannt werden. Denn erstlich ist, wie ich vorhin gezeiget habe, die *interpretatio restringens ob deficientem rationem* ein Unding. Wird ein Gesetz ein-

geschränkt, so liegt der eigentliche Grund immer in etwas anderm, als der wegfallenden Raison, und dem daher genommenen Schlusse. Alsdann sind ja aber auch zweytens alle Theile darüber einverstanden, daß der Fall, welcher nach der Analogie entschieden werden soll, in den Gesetzen nicht entschieden ist. Wird nun ein Gesetz restringirt, so ist dieß eigentlich eine Hinwegräumung einer gesetzlichen Entscheidung, nicht aber Entscheidung eines unentschiedenen Falls, keine *decisio secundum argumentum legis*, wie ich den Begriff derselben vorhin festgesetzt habe. Soviel ich aus der Klüberschen Bibliothek a. a. O., welche auch Herr Glück stark benutzt zu haben scheint, sehe, hat sich Geisler diese Begriffe gar nicht bestimmt gedacht. Im §. 6. stellt er den Satz auf, daß die von ähnlichen Fällen hergenommene Analogie einen Mangel, die andre Art *f*) derselben hingegen das Daseyn einer gesetzlichen Vorschrift voraussetze. Im §. 3. wird aber ein Beyspiel für die letzte an-

f) Geisler nennt diese einen Schlufs von entgegengesetzten Fällen. Man sieht aber leicht, daß hier die Worte in einem ganz andern Sinn, als demoben von mir angenommenen, verstanden werden.

geführt, welches einen bloßen Schluss a simili et minore ad majus enthält, nur negativ ausgedrückt g), und zwar einen Schluss auf einen in den Gesetzen nicht entschiedenen Fall. Wenn man richtige Begriffe über die einschränkende Erklärung hat, so braucht man nur consequent zu schliessen, um einzusehen, daß diese Erklärung kein Theil der Analogie seyn kann.

Die Dunkelheiten, welche über den Begriff der Analogie schweben, haben sich noch mehr über das eigentliche Wesen derselben verbreitet. Alle führen den Satz im Munde: vermittelst der Analogie schließt man von ähnlichen Fällen auf ähnliche Fälle; aber an welche Bedingungen ein solcher Schluss gebunden sey? darüber herrscht ein tiefes Schweigen. Nettelbladt, welcher in den angeführten Dissertationen mit großer Wichtigkeit und Weitläufigkeit die merkwürdigen Axiomen aufstellt, daß es

g) Die fränkischen Fürsten, um das ihnen vom Kaiser auf dem Friedens-Kongress bestrittene Stimmenrecht geltend zu machen, führen dies für sich an: dann sonst würden Reichsfürsten und Stände weit deterioris conditionis, als eben die Kaiserlichen Erbländer, sodann der Kurfürsten und Stände Unterthanen zu achten seyn, auch jene nicht soviel als diese gewürdigt werden.

nicht allein eine *analogia juris civilis*, sondern auch *juris publici et canonici*, ja sogar eine *analogia legitimae hominum dispositionis* gebe, hat es nicht der Mühe werth gehalten, sich darüber einzulassen, und dagegen das Publicum mit einem durren Geripp von Positionen und Consequenzen beschenkt, bey dem man nicht ohne eine Art von Widerwillen verweilen kann. Die Publicisten, von denen man es am wenigsten erwarten sollte, glauben auch genug gethan zu haben, wenn sie ein Paar Hauptbemerkungen über die ganze Materie machen. Unter diesen ist denn die gewöhnlichste und wichtigste, daß von der Analogie kein Gebrauch zu machen sey, wenn eine Verschiedenheit der Personen und Fälle Statt finde; sie setze Aehnlichkeit der Fälle voraus u. s. w. Allein nach dem, was ich oben §. 17. weitläufig ausgeführt habe, ist ja ein bloßer Schluss von Fällen auf Fälle nur insofern zulässig, als die dort Statt findenden Gründe hier ebenfalls zutreffen. Alle Ausdehnung geschieht wegen Gleichheit der Gründe. Sagt man: wegen Aehnlichkeit der Fälle: so ist dieß unbestimmt gesprochen. Denn die Aehnlichkeit des Falles liegt doch nur in der Gleichheit des Grundes, und es ist daher besser, von dieser Gleichheit grade-

zu auszugehen. Was kann nun aber bey Statt findender Gleichheit der Gründe die Verschiedenheit der Personen ausmachen? das alles ist sonderbar, und noch sonderbarer, wenn man sieht, wie die, welche sich der Analogie bedienen, immer nur nach Aehnlichkeit der Fälle schliessen, ohne grade den Gründen ihre Hauptaufmerksamkeit zu widmen. Wie ist es z. B. nach allgemeinen Grundsätzen möglich, von ein Paar Entscheidungen, welche den Kauf, Tausch und die Miethe betreffen, sogleich eine ganze Theorie zu abstrahiren, nach welcher alle Rechtsgeschäfte beurtheilt werden? Ich frage noch einmal: wo sind die allgemeinen Grundsätze, aus denen sich ein solches Verfahren rechtfertigen läßt? Wo findet die Analogie ihre Grenzen, wenn man von Fällen auf Fälle schliessen darf? und ist eine Analogie in diesem Sinn mit dem Geist jeder Gesetzgebung vereinbarlich? Ich weiß in diesem allgemeinen Theil nichts anders zu antworten, als, daß nach den vorhin angeführten ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften die Analogie mit der logischen Interpretation, welche von der Gleichheit der Gründe schliest, ganz und gar coincidirt. Nur mit Rücksicht auf den Geist des Römischen Rechts läßt sich der Umfang

der Analogie noch gewissermassen weiter ausdehnen. Dort allein läßt sich der Schlüssel auffinden, mit dessen Hülfe man in den Stand gesetzt wird, die über die Analogie herrschenden dunkeln Begriffe aufzuklären, zu begreifen, und zu berichtigen.

Dritte Unterabtheilung.

Ueber das Verhältniß der einzelnen Arten der Auslegung zu einander.

§. 29.

Nach allen bisherigen Erörterungen gibt es mehrere verschiedenartige Theile der Auslegung, welche jetzt noch in Ansehung ihres gegenseitigen Verhältnisses erörtert werden müssen. Die Hauptgattungen sind nämlich: grammatische und logische Auslegung. Die letzte zerfällt in die Auslegung nach dem Grunde des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers, welche Absicht denn wieder eine besonders erkannte oder eine gesetzlich zu supponirende ist (§. 14. 15.). Ueber das Verhältniß dieser vier Arten muß man nun folgende Regeln annehmen.

1) Der Wortverstand ist dasjenige, worauf der Jurist zunächst verwiesen ist, und nur dann kann ausnahmsweise die logische Auslegung an-

gewandt werden, wenn alle Bedingungen derselben eintreten *h*). Sind aber diese vorhanden, so ist das Resultat, welches der Geist der Gesetze ergiebt, unbedingt dem Resultat des Wortverstandes vorzuziehen *i*).

2) Collidirt die speciell erkannte Absicht des Gesetzgebers mit dem, was in Rücksicht der Absicht desselben vorauszusetzen ist, so geht jene vor, weil das erwiesene Factische demjenigen, was im Zweifel präsumirt wird, überall vorgeht. Wenn es also z. B. Regeln sind, daß vortheilhafte Vorschriften da, wo sie den Begünstigten schaden, zu beschränken, und daß Gesetze nicht zum Nachtheil erworbener Rechte anzuwenden sind: so fallen doch beyde weg, wenn man speciell sieht, daß der Gesetzgeber bestimmt in diesem Fall das Gegentheil wollte.

3) Die logische Auslegung nach dem Grunde, sofern sie nicht mit der Auslegung nach der Absicht des Gesetzgebers zusammenfällt, geht, wo sie zulässig ist, der Auslegung nach der Absicht vor. Denn die ausdehnende Erklärung, von der

h) L. 1. §. 20. de exerc. act.

i) L. 17. 18. 29. de LL.

hier allein die Rede seyn kann *k*), beruht ja, wie schon vorhin (§. 20.) erinnert ist, auf der Hauptidee, daß der Gesetzgeber zugibt, er habe etwas gedacht, was er nicht hätte denken sollen, und der Jurist sey verpflichtet, aus seiner Erfahrung die beschränkte Ansicht der Gesetzgebung zu verbessern.

k) Nämlich deswegen, weil die declarative mit der Auslegung nach der Absicht coincidirt (§. 27. a. E.), und die aufhebende des wegfallenden Grundes wegen gar nicht Statt findet (§. 22. 23.).

Zweyter Theil.

Ueber die logische Auslegung des Römischen Rechts insbesondere.

§. 30.

Das Römische Recht hat manche Eigenthümlichkeiten, durch welche sich dasselbe in Rücksicht hermeneutischer Grundsätze auszeichnet, obgleich es auch in vielem Betracht von allgemeinen hermeneutischen Regeln nicht abweicht. Diese Eigenthümlichkeiten lassen sich eben deswegen, weil sie nicht durchgängig Statt finden, nur in einer Reihe isolirter Bemerkungen darstellen, und diese werden denn den Gegenstand des folgenden speciellen Theils ausmachen.

§. 31.

Die Vorschriften, welche sich im Codex finden, sind den Worten nach nicht immer eigentliche Gesetze, oder Entscheidungen für einen Inbegriff gleicher Fälle. Viele Rescripte und Decrete sind Entscheidungen nach dem gemeinen Recht, viele aber enthalten auch Ausnahmen

vom gemeinen Recht, zunächst zum Vortheil der Personen, an welche ein Rescript gerichtet, oder in deren Sache ein Decret abgegeben ward. Ein Rescript, welches an eine einzelne Person gerichtet ist, stellt dem Wortverstande nach nur einen Rechtsgrundsatz für diese genannte Person, oder diesen individuellen Fall auf. Offenbar ist es aber, daß die Rescripte und Decrete im Codex nicht als Gesetz bloß für den Fall zu betrachten sind, welchen sie betrafen, sondern daß, nach dem ganzen Geist des Codex, die diesen Fall betreffende Entscheidung auch als Entscheidung jedes andern vollkommen gleichen Falls zu betrachten ist. Wenn z. B. unter benannten Umständen Titius in einem Rescript Restitution versprochen ward, so hat jeder unter gleichen Umständen Anspruch darauf. Hieraus entsteht denn eine — nur dem Römischen und kanonischen Recht eigenthümliche — besondere Art der ausdehnenden Erklärung, welche von einem Fall auf einen andern demselben völlig gleichen Fall schließt, und das Eigenthümliche hat, daß man sich ihrer bedienen kann, ohne nur irgend den Grund der Entscheidung zu kennen. Denn daß dieser auf jeden gleichen Fall passen muß, ist von selbst klar.

Auch wenn in den Pandekten ein Decret oder Rescript angeführt ist, welches ursprünglich nur einen einzelnen Fall betraf, und von dem erzählenden Juristen am Ende nicht gradezu mißbilligt wird: so kann vernünftiger Weise die Ausdehnung desselben eben so wenig bestritten werden. Denn Justinian wollte in den Pandekten nicht Geschichtschreiber, sondern Gesetzgeber seyn. Merkwürdig in dieser Hinsicht ist L. 5. Si quis a par. manumissus, woraus die meisten mit Recht schliessen, daß jeder Vater wegen grausamer Behandlung der Kinder zur Emancipation derselben gezwungen werden könne. Dennoch behauptet Scheltinga ¹⁾ das Gegentheil. Daß die gemeine Regel falsch sey, sagter, beweist die L. 5. cit. selbst; etenim quod ibi statuitur, quum speciale contineat privilegium, ad exemplum trahendum non est. — Allein dieß führt doch zu offenbaren Ungereimtheiten! Denn wozu stände sonst die L. 5. in den Pandekten? Scheltinga durch das Gewicht dieser Frage getroffen, lenkt daher auch selbst wieder

1) Diss. de emancipat. (in Fellenberg jurisprud. ant. T. II.)
P. I. c. 5. §. 6.

ein: nisi quis dicere malit, Justinianum all. L. ult., eam in ff. referendo, vim juris generalis tribuisse, quo sensu non admodum refragabimur. Ein gleiches Beyspiel enthält L. 33. de re judicata, ferner L. 38. de minor. und L. 74. §. I. ad SCt. Trebellianum *m*).

§. 32.

Es ist überhaupt ein ganz falscher Gesichtspunct, wenn man Justinians Compilation als ein Gesetzbuch betrachtet. Ich spreche hier nicht von den vielen bekannten Fragmenten, welche gar keine rechtlichen Bestimmungen enthalten, sondern überhaupt von den ganzen Pandekten, und dem ganzen Codex. Der größte Theil der Materialien, welche sich in beyden finden, enthält kein System allgemeiner rechtlicher Grundsätze, sondern Entscheidungen nach diesen Grundsätzen, welche selten das Princip, worauf sie beruhen, vollständig ausdrücken. Sehr wahr und treffend sagt Schlosser: „wer die Rechtsgelehrsamkeit nicht kennt, der macht den

m) Vergl. Müller Obs. ad Leyser T. V. F. I. Obs. 765. Meine Schrift über Verjährung. §. 68. Glück Comment. 3. B. §. 269, b. Nr. III, 2.

Rechtsgelehrten immer bittre Vorwürfe, daß sie in ihren Ausarbeitungen und Rechtssprüchen meist zehn Schriftsteller gegen ein Gesetz anführen. Die Vorwürfe sind aber, wenn man billig seyn will, sehr unverdient. Sieht man unser corpus juris an, so wird man bald finden, daß es kaum unter hundert Stellen ein Gesetz enthält, und daß der, der eine Stelle aus dem Römischen Recht anführen will, meist erst das Gesetz aus dieser Stelle aussuchen und selbst finden muß ⁿ⁾.“ Diese Unvollständigkeit war auch bey dem Plan, welchen Justinian einmal angenommen hatte, durchaus unvermeidlich. Eine unendliche Menge von Rechtssätzen war durch kein ausdrückliches Gesetz als Norm für den Richter aufgestellt; das Reduciren auf Grundsätze war nie die Stärke, nie das Lieblingsgeschäft der Römischen Juristen, deren größtes Verdienst besonders in Klarheit der Ideen, Consequenz, und feiner Unterscheidungsgabe bestand. Justinian konnte also in vielen Materien keine Principien liefern, weil er in den Schriften, welche er benutzte, keine solche fand; manches ward auch wohl aus

n) Vorschlag und Versuch einer Verbesserung, d. deutsch. bürgerl. Rechts S. 204

Unachtsamkeit und Flüchtigkeit übersehen. Man denke hiebey nur an die wichtigen und weitumfassenden Lehren vom Irrthum, vom Betrug, vom Interesse, der Auslegung der Verträge und Testamente, dem Concurs der Gläubiger u. s. w. Die wenigsten Rechtssätze, welche unsre Compendien über diese Materien aufstellen, sind als Grundsätze im Römischen Recht aufgestellt, und alle unsre Systeme sind größtentheils blofse Folgerungen aus den concreten Entscheidungen der Pandekten und des Codex.

Das Hauptgeschäft des Auslegers des Römischen Rechts muß also darauf gerichtet seyn, durch Reflexion über die einzelnen gegebenen Entscheidungen die Grundsätze, von welchen die Römischen Juristen ausgiengen, zu entdecken, und so, rückwärts schreitend, das Ganze zu vervollständigen. Diefs ist eine Eigenthümlichkeit des Römischen Rechts, welche sich wohl nicht leicht in einer andern Gesetzgebung findet, und welche es doppelt verdient, bemerklich gemacht zu werden, weil jede andre Gesetzgebung dabey gefährdet ist, wenn sie, nach der gewöhnlichen Weise, eben so behandelt wird, wie man das Römische Recht zu behandeln pflegt.

Wären in den Pandekten und dem Codex alle möglichen Hauptfälle entschieden, z. B. die Lehren vom Irrthum und Betrug bey jedem Contract ausgeführt: so würde man durch Verbindung, Vergleichung und Absonderung des Eigenthümlichen sehr leicht die Grundsätze, welche die Römer in ihren Entscheidungen anwandten, im eigentlichen und engsten Verstande abstrahiren können: Allein sehr oft sind nur einige Fälle entschieden, so, daß man zu einem sehr beschränkten, unfruchtbaren und falschen Grundsatz gelangen würde, wenn man sich bloß auf das Abstrahiren einschränken wollte. Wenn z. B. die Wirkung eines Irrthums nur in den speciellen Entscheidungen über den Kauf, den Gesellschafts- und Pacht-Contract angegeben ist; so läßt sich durch Abstraction, welche ja nur in Absonderung des Eigenthümlichen der gegebenen einzelnen Arten besteht, schlechterdings kein Grundsatz für alle Arten der Contracte aufstellen. Der Hauptgrundsatz muß also nothwendig durch Schlüsse ausgemittelt werden. Hier kann und muß sich nun der Ausleger zweyerley Hülfsmittel bedienen: entweder er sucht im Römischen Recht selbst die Spuren, welche ihn auf die Ausdehnung des abstrahirten Grundsatzes

leiten, oder er entwickelt sich nach der Natur der Sache die, eine gewisse Materie betreffenden Grundsätze, und bestärkt diese durch die Entscheidungen, welche er hie und da einzeln und zerstreut findet.

Das letzte Verfahren ist für die Bearbeitung des Römischen Rechts im höchsten Grade wichtig und fruchtbar; auch ist es bekannt genug, daß Männer, welche sich durch selbst denkende Kraft auszeichneten, immer am meisten zur Aufklärung des Römischen Rechts beygetragen haben. Unter den Neueren verdient wohl Weber vor allen andern als Meister in dieser Methode genannt zu werden. Gewiß würde ein so consequentes, vollständiges und zusammenhängendes Werk, wie die Schrift über die natürliche Verbindlichkeit ist, nie aus der Hand eines sogenannten bloß eleganten Juristen hervorgegangen seyn. Und doch, — wie wenig allgemeine Principien hat der Verfasser aus dem Römischen Recht entlehnt, während auf jeder Seite unvollständige Entscheidungen des Römischen Rechts aufgeklärt, und durch dieselben die allgemeinen Principien gegen alle Einwürfe gesichert werden! Nicht wenig Materien finden sich, worin aus der Natur der Sache raisonnirt

werden kann, und in welchen die Juristen und Kaiser wirklich nach der Natur der Sache entschieden. Da nun auch bey uns den Richter nichts verhindert, seiner Vernunft zu folgen, wenn ihn das positive Recht nicht bindet: so leidet es wohl gar keinen Zweifel, daß jener Methode auch die practische Brauchbarkeit nicht abgesprochen werden kann. Ein schiefer Kopf kann freylich dieselbe missbrauchen; dadurch wird sie aber noch nicht unerlaubt, denn sonst würde es ja überhaupt keine Richter im Staat geben können.

Ein sehr merkwürdiges Beyspiel zur Erläuterung dieser Sätze gibt die Lehre von dem Einfluß des Irrthums auf einen Vergleich. Die hieher gehörigen Gesetze scheinen sich auf den ersten Anblick in manchem Betracht gradehin zu widersprechen, und die Vereinigungsversuche, welche von vielen gemacht sind, führen größtentheils zu ganz sinnlosen Resultaten. Ueberlegt man hier nur die Natur eines Vergleichs, als eines Vertrags, welcher immer, wenigstens in der Meynung der Contrahenten, etwas Ungewisses voraussetzt: so leuchtet es von selbst ein, daß ein Irrthum, welcher den ungewissen Gegenstand betrifft, auf die Vernichtung eines Vergleichs gar

keinen Einfluss haben kann. Hält man an dieses Princip die Fragmente des Römischen Rechts, so ist es, wie der Herr Prof. Götz o) sehr scharfsinnig gezeigt hat, ganz offenbar, daß die Römer von eben diesem Grundsatz ausgingen, und alle scheinbaren Widersprüche lassen sich mit der leichtesten Mühe aus dem Wege räumen. Noch kürzlich legte ich einem Mann von Verstand, welcher kein Jurist ist, die Frage vor, ob der Grundsatz: ein wesentlicher Irrthum vernichtet einen Vertrag, wohl auf den Vergleich angewandt werden könne? Nach einer kurzen Ueberlegung kam er beynah ganz genau zu denselben Grundsätzen, welchen die Römer folgten. Freilich war dieß wohl, wenn man so will, nur ein Ungefähr; aber gewiß wird ein solches Ungefähr dem gesunden und unverfälschten Kopf weit öfter begegnen, als denen, welche, ohne durch Philosophie ihren Kopf aufzuhellen, an dem positiven Recht ihren Blick abstumpften. Der beste Selbstdenker wird immer unter gleichen Umständen der beste Ausleger des Römischen Rechts seyn.

o) Comment. de errore in transact. recte aestimando. Norimb. 1797.

Indefs will ich damit keineswegs gesagt haben, daß alles Selbstdenken, welches der Erklärung des Rechts vorhergehen muß, nicht anders, als a priori geschehen kann. Ich bin vielmehr der Meynung, daß es in vielen Fällen äußerst vortheilhaft ist, wenn der Jurist zunächst nur sein Gefühl zu Rathe zieht, und von diesem gleichsam die allgemeinen Grundsätze abstrahirt. Man versuche es nur, und lege sich eine Menge verschiedenartiger Fälle zur Entscheidung vor, ohne von einem vorgefaßten Princip auszugehen. Der Verstand wird in der Regel immer den Grundsatz, welchen das Gefühl in den Entscheidungen ausgedrückt hat, annehmen müssen, und vieles entdecken, worauf ihn ein bloßes systematisches Raisonnement nie geführt haben würde.

Es versteht sich aber wohl von selbst, daß diese ganze Erklärungsart bloß subsidiarisch ist, und daß der Ausleger des Römischen Rechts vor allen Dingen darauf ausgehen muß, in dem Rechte selbst die Spuren, welche ihn auf die Grundsätze der Juristen und Kaiser leiten können, zu entdecken. So haben wir z. B. ein Paar Gesetze, welche sagen: der Minderjährige kann ohne seinen Curator gültige Sponsalien schlies-

sen, und sich durch eine Stipulation verpflichten; an einer andern Stelle heisst es: wenn ein Minderjähriger einseitig Sachen verkauft hat, so ist der Contract nichtig. Wollte man hier blofs abstrahiren, so würde das Product dieses Verfahrens ein ganz sonderbarer Grundsatz seyn. Hält man hingegen mit diesen Entscheidungen den bekannten allgemeinen Satz: *curator bonis datur* zusammen: so ist wohl die Theorie, welche Weber *p)* aufstellt, und welche man jetzt auch allgemein annimmt, gar keinem Zweifel unterworfen. Aus diesem Grunde wird denn auch immer der gelehrte Civilist, welcher das Römische Recht in allen seinen Theilen kennt, und durch Zusammenhäufung vieler Wahrscheinlichkeiten Gewissheit zu schaffen im Stande ist, mehr Licht über seine Wissenschaft verbreiten, als der Mann von dem entschiedensten Genie, welcher sich auf keinen Apparat von Gelehrsamkeit stützen kann; und deswegen werden uns denn auch die Schriften der älteren Juristen immer unentbehrlich bleiben, weil es uns in jeder Rücksicht an Kraft und Mufse gebricht, die feinen und umfassenden Rechtskenntnisse einzusammeln, wel-

p) Nat. Verb. §. 72.

che sich überall, selbst in mittelmäßigen ältern Werken finden,

Geht man von diesen Bemerkungen aus, so lassen sich, wie ich glaube, die verworrenen Begriffe, welche in Ansehung der Analogie eingerissen sind, sehr leicht berichtigen. Wir schließen im Römischen Recht überall von Fällen auf Fälle, und nehmen allgemeine Grundsätze an, welche in den einzelnen Fällen nicht vollständig ausgedrückt sind; aber sieht man auf den Grund der Sache, so geschieht doch nichts weniger, als daß man die eine Entscheidung ohne Rücksicht auf den Grund derselben auf einen andern Fall wegen einer gewissen Aehnlichkeit desselben überträgt. Wird ein Grundsatz aufgestellt, welcher durch Raisonnement gefunden ist, so bemüht sich jeder gute Ausleger, die Gründe welche ihn bis zu diesem Grundsatz hinauf geführt haben, anzugeben, und für andre überzeugend zu machen; und nicht leicht wird Jemand eine einzelne Entscheidung auf nicht entschiedene Fälle ausdehnen, wenn er nicht ausser derselben die Gründe, worauf sie beruht, auffinden kann, oder wenn sich mehrere verschiedenartige Ent-

scheidungsgründe denken lassen *q*). Der grofse Haufe übersieht aber leicht den Mechanismus, durch welchen unsere Systeme des Römischen Rechts entstanden sind. Die Hauptsache bleiben ihm die Gesetze, von denen die Principien abstrahirt zu seyn

q) Belege zu diesem Satz s. bey Müller Obs. ad Leyser Obs- 367. 372. Voet comment. Tit. de donat. §. 28. Der letzte zeigt a. a. O. sehr gründlich, dafs die L. 8. C. de revocand. donat. nicht auf jeden Schenkenden ausgedehnt werden kann, und diefs schon allein deswegen, weil das Verhältnifs, in welchem der Patron zu dem Freygelassenen stand, und welches auf keinen andern pafst, vielleicht auf das Gesetz Einflufs hatte. Ohne Beweiskraft ist es, was Herr Köchy Meditat. 1. Samml. n. 29. dagegen einwendet. „Nimmt man, sagt er, bey der Erklärung der L. 8. nicht sowohl auf die blofsen Worte, als insonderheit auf die Raison derselben Rücksicht: so läfst sich auch gewifs die Anwendung derselben auf alle und jede Schenkungen nicht weiter bezweifeln. Der Grund dieses Gesetzes ist unstreitig die natürliche Zuneigung und Liebe, die ein Vater gewöhnlich gegen seine Kinder hat, vermöge welcher es höchst wahrscheinlich ist, dafs er dem Fremden die Schenkung gemacht habe, unter der Voraussetzung, er werde künftig keine Kinder zeugen. — Dieser Grund tritt bey jedem Vater ein, und deswegen ist das Gesetz — billig auf alle und jede Schenkende auszu- dehnen.“ — Sind das rationes manifestae, von denen keine Sylbe im Gesetz steht? und ist es gründlich, von einer petitio principii auszugehen, während andre grade dieses Princip bezweifeln?

scheinen ; und so kommt es denn , daß man vermittelst der Analogie überall bloß von Fällen auf Fälle schließt , und jede Gesetzgebung durch analogische Schlüsse mit eben der Leichtigkeit bereichert , welche nur allein im Römischen Recht möglich ist , weil ein übergangener Rechtsgrundsatz sich auch durch eine schwache Spur sehr oft deutlich verräth , und durch Zusammenstellung kleiner Anzeigen sehr leicht ausgemittelt werden kann.

Ich wünschte wohl , daß man von diesem Gesichtspunkt aus einmal die analogischen Interpretationen einer Kritik unterwürfe , welche sich die Bearbeiter des Staatsrechts und der statutarischen Rechte erlaubt haben. Gewiß würde diese Arbeit höchst interessant und lehrreich seyn , und es würden sich , wie ich glaube , überall Belege in Menge auffinden lassen , zu welchen Willkührlichkeiten es führt , wenn man den Geist des Römischen Rechts auf jede andre Gesetzgebung überträgt. Wäre unser Staatsrecht gewisser , und bemühte man sich mehr , den statutarischen Rechten Vollständigkeit zu geben : so würde es wohl jeder von selbst eingesehen haben , welcher wesentliche Unterschied in dieser

Hinsicht zwischen dem Römischen Recht und unsern einheimischen Gesetzen Statt findet.

§. 33.

Da, wie im vorigen Paragraphen ausgeführt ist, die Juristen mehrentheils nur concrete Fälle entscheiden, wie dieß auch die Kaiser fast überall in ihren Rescripten und Decreten thaten, so ergibt sich hieraus

1) daß man, die Edictalgesetze der Kaiser abgerechnet, überall im Römischen Recht die Gründe einer Entscheidung im Zweifel nicht als *rationes legis*, sondern als *rationes decidendi* zu behandeln hat. Wie wichtig dieser Unterschied sey, ist schon oben (§. 16.) an mehreren Beyspielen erläutert worden. Ferner folgt daraus

2) daß man alle concreten Merkmale als etwas Zufälliges, worauf kein Gewicht gelegt werden soll (*verba enunciativa*), zu behandeln hat, wenn sich erweislich machen läßt, daß dem Römischen Recht eine allgemeine Ansicht zum Grunde liegt. Denn dann ist das Concrete nur erwähnt, weil es sich an dem vorgelegten Facto grade zufällig fand, aber der Entscheidungsgrund liegt nicht in dem Concreten, sondern in einem

allgemeineren Rechtsgrundsatz, welcher nicht allein diesen, sondern auch andere Fälle befaßt. So muß man z. B. behaupten, daß der socius omnium bonorum auch die, vor Eingehung der Gesellschaft contrahirten Schulden aus dem Gesellschaftsvermögen nehmen darf, obgleich L. 27. pro socio nur die, während der Gesellschaft contrahirten Schulden nennt. Denn der Jurist entscheidet nur über diesen Fall, weil er ihm vorgelegt war, ohne über den andern Fall abzusprechen. Dieser ist aber eben so zu entscheiden weil es allgemeines Princip ist, daß der socius omnium bonorum aus der Masse alle seine Bedürfnisse befriedigen darf, und weil Berichtigung der Schulden das erste Bedürfnis eines rechtlichen Mannes ist *r*). Eben so muß man behaupten, daß ein, von einem Dritten direct erzwungenes Geschäft absolut nichtig ist, auch wenn der andre Contrahent den Zwang des Dritten nicht kannte. Denn allgemeine Grundsätze *s*) bringen dieß mit sich, und die Worte eo sciente in L. 5. C. de his quae vi machen hiebey gar keine Schwierigkeit. In dem vorgelegten Facto, dessen

r) Mein Pandecten-System, 2te Aufl. §. 382.

s) L. 14. §. 3. quod. met. caus.

Erzählung, nach der gewöhnlichen Form, in das Rescript mit aufgenommen ward, hatte der Käufer den Zwang des Dritten gekannt. Diese Zufälligkeit wird denn mit angeführt, aber nirgend ist gesagt, daß in ihr der Grund der Entscheidung zu suchen sey t),

Uebrigens versteht es sich, daß man solche *verba enunciativa* nur da annehmen darf, wo sich von aussen bestimmt zeigen läßt, daß eine Entscheidung concrete Merkmale enthält, welche sich an dem vorgelegten Facto fanden, ohne auf die Entscheidung einzuwirken. Ist hierüber eine Ungewissheit, so muß jedes Merkmal als bedeutend behandelt werden, weil ja im Zweifel die grammatische Auslegung immer allein anzuwenden ist. Ein Beyspiel ist schon vorhin u) vorgekommen. Noch weniger aber darf man *verba enunciativa* da annehmen, wo die Gesetzgebung eine allgemeine Vorschrift (*lex edictalis*) aufstellen wollte, weil hier ja grade der Zweck der Vorschrift auf eine Regel, und nicht auf eine concrete Entscheidung gerichtet ist. Aus diesem

t) Meine angef. Schrift §. 152. not. 5.

u) S. das was in der letzten Note zu §. 32. über L. 8. C. de revocand. donat. gesagt ist.

Grunde muß man z. B. die Meynung derer für richtig halten, welche wegen L. I. C. de jure emphyteuseos, und L. II. C. qui potiores in pignore zur Gültigkeit des emphyteutischen Contracts und eines öffentlichen Pfandrechts eine Scriptur fordern, und das öffentliche Pfandrecht nur bey conventionellen Pfändern zulassen x).

§. 34.

Die Römischen Juristen führen manchmal für ihre Entscheidungen Gründe an, welche falsch, nichtssagend, und unzutreffend sind y), wenn auch die Zahl solcher Gründe nicht grade so groß ist, wie verschiedene z) glauben. Da es Justi-

x) Meine angef. Schrift, §. 633. 639.

y) Z. B. L. 27. pr. de hered. pet. Ancillarum partus fructus non existimantur, quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur. L. 3. de offic. procurator. caesar. Curatores caesaris ius deportandi non habent, quia hujus poenae constituendae ius non habent. P. J. de Fremery de rationibus veterum Ictorum. Lugd. Bat. 1801. cap. I. §. 2. cap. 4.

z) Besonders: Fornerius rer. quot. L. III. c. 23. A. Matthaeus Disp. n. 10. H. E. Rumpelius Diss. de legum rat. quae in ipsis legibus minus accurate exhib. Erf. 1765. Gegen viele Vorwürfe rechtfertigt indeß die Römischen Juristen: Houckius §. 13. not. 2. cit. cap. 2. 3. Eckhard herm. §. 33. Fremery l. c. cap. 3.

nian zunächst um die Rechtssätze, und nicht um das Raisonnement der Juristen zu thun war: so ist es auf der einen Seite wohl gewiß, daß aus einem solchen Entscheidungsgrunde keine Folgerungen gezogen werden dürfen, wenn sich die Falschheit desselben aus der Natur der Sache, oder dem Römischen Recht darthun läßt; auf der andern Seite leuchtet es aber auch von selbst ein, daß die Entscheidung, welche auf einem falschen Grunde beruht, dessen ungeachtet in ihrer vollen Gültigkeit bleibt, zumal da es nicht selten ist, daß man einen wahren Satz aus falschen Gründen deducirt, und da des fehlenden Grundes wegen kein Gesetz aufzuheben, oder zu beschränken ist (§ 22. 23.).

§. 35.

Man muß sich aber bey der Ausdehnung des Römischen Rechts wohl versehen, nicht alle Gründe, durch welche die Juristen ihre Sätze unterstützen, für eigentliche Entscheidungsgründe anzunehmen. In unsern Gutachten und Deductionen bedienen wir uns täglich, ausser den Entscheidungsgründen, mancher Neben- und Bestärkungs-Gründe, ohne eigentlich auf sie die Entscheidung zu bauen; und eben dieß thaten

die Römischen Juristen, sobald es ihnen nicht darum zu thun war, richtige Theorien aufzustellen, sondern eine Entscheidung auf allen Seiten gegen einen Angriff zu verwahren. Wenn ein Satz überhaupt wahr ist, wie manches sagt man dann nicht gern auch der Schwachen wegen? Justinian hätte alles umschmelzen müssen, wenn es seine Absicht gewesen wäre, diese Besonderheiten wegzuschaffen, und die rechtsbegründeten Gutachten, welche er vorfand, in motivirte Gesetze zu verwandeln. Die Fragmente in den Pandekten sind daher in dieser Rücksicht wohl ganz unleugbar nach ihrem ursprünglichen Geist zu behandeln, und nicht als Gesetze im strengsten Verstande, welche keine sich auf einen vorliegenden Fall beziehenden Neben- und Bestärkungsgründe zulassen.

Ich kann den Nutzen dieser Bemerkung am besten in folgendem Beyspiel zeigen. In L. 46. §. 6. de administr. et per. tutor. erzählt Paulus diesen Fall: einem Pupillen waren im Testament zwey Vormünder gegeben. Nachdem einer von diesen gestorben war, so ernannte der Magistrat einen andern an dessen Stelle, welchen darauf der testamentarische Vormund als verdächtig anklagte. Der tutor dativus war aber insolvent,

und nun entstand die Frage: inwiefern kann der Pupill seinen Regrefs gegen den im Testament bestellten Mitvormund nehmen? Hierauf antwortet der Jurist: tutorem testamento datum pro ea parte conveniri oportere, pro qua administravit; pro contutoris autem portione prius eos conveniri debere, qui pro eo se obligaverunt, vel magistratus, qui eum dederunt; tunc si solidum pupillus consequi non potuerit, de officio contutoris quaerendum, an suspectum facere debuerit, praesertim quum suspectum quoque eum postulasse dicatur. Alias quidem, quum magistratus plures tutores dant, non prius ad eos reverti pupillus potest, quam omnes tutores excussati fuerint: in proposito — non est visum, prius collegam conveniendum, qui et suspectum fecit, et testamento datus est; perindeque habendos singulos, ac si in partes dimidias tutores dati essent. — Aus diesem Fragment leitet nun Voet a), vermittelst des argumenti a contrario, den Satz her: wenn die Tutel getheilt sey, so müsse der, welcher seinen Mitvormund aus Nachlässigkeit anzuklagen versäumt habe, vor dem Magistrat belangt werden: könne

o) Comm. L. 27. T. 8. §. 6.

hingegen dem Mitvormunde keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden, so sey der Magistrat zuerst zu belangen. und erst nach diesem der Mitvormund. — Diese Sätze sind aber den an andern Orten befindlichen Vorschriften *b)*, nach welchen der Mitvormund in dem gegebenen Fall überhaupt nur alsdann haften soll, wenn ihm die Unterlassung der Anklage als Nachlässigkeit angerechnet werden kann, grade zuwider, und um so mehr hätte daher Voet darauf aufmerksam werden sollen, daß das angezogene Fragment ein Gutachten ist, dessen Entscheidungsgründe ohne Gewicht sind, wenn sie andern deutlichen Entscheidungen entgegen stehen. Daß man unter andern Umständen aus den groß gedruckten Entscheidungsgründen den Satz hernehmen möchte: der Mitvormund könne vor dem Magistrat belangt werden, daran dachte Paulus wohl nicht entfernt. Es war überhaupt Grundsatz, daß der Magistrat zuerst ausgeklagt werden müsse, wenn die Tutel getheilt sey. Deswegen entscheidet der Jurist denn auch zuerst ganz unbedingt dahin, daß der Magistrat

b) L. 1. §. 15. de tutel. et rat. distr. act. L. 2. C. de divid. tutel.

vor dem Tutor in Anspruch zu nehmen sey. Zufällig traf es sich, dafs auch dem Tutor nicht einmal ein Versehen vorgeworfen werden konnte. Dieser Umstand machte denn, dafs man nicht ohne die offenbarste Ungereimtheit eine andre Entscheidung hätte annehmen können, und diefs ist der Grund, warum Paulus auch darauf aufmerksam macht. In blofs theoretischen Schriften würde freylich ein solches Raisonnement allerdings Tadel verdienen; wenn man aber nur daran denkt, einer Partey zu ihrem Recht zu verhelfen, und möglichen Fehlgriffen des Richters entgegen zu arbeiten: so verändert sich der Gesichtspunct wesentlich.

Aus eben diesen, und noch weit stärkeren Gründen behauptet man denn auch mit Recht allgemein, dafs die Zweifelsgründe der Juristen nicht ohne eine vorhergehende genaue Prüfung zu Entscheidungsgründen erhoben werden dürfen, wenn die Gründe, wodurch sie widerlegt wurden, in gewissen Fällen wegfallen. Ein in vieler Rücksicht falscher Satz läfst sich oft durch Einen Hauptgrund hinlänglich widerlegen; und man würde die irrigsten Meynungen vertheidigen müssen, wenn man jede Behauptung für wahr halten wollte, weil die Gründe, wodurch man

sie zu widerlegen suchte, falsch und unzutreffend sind.

§. 36.

Die in den Pandekten und dem Codex befindlichen Fragmente, welche nicht von Justinian selbst herrühren, können jetzt nicht mehr in ihrem ursprünglichen Sinn verstanden werden, sondern sind so auszulegen, wie es der jetzige Wortverstand, und die jetzige Verbindung derselben mit sich bringen. Die Natur der Sache, und Justinians sehr deutliche und bestimmte Vorschrift *c)* lassen gegen die Richtigkeit dieses Satzes nicht den geringsten Zweifel zu.

Es folgt hieraus fürs Erste ganz unleugbar, daß jedes Fragment so zu verstehen ist, wie es der Geist und Inhalt des Titels, unter welchem dasselbe jetzt steht, erfordert, gesetzt auch, es sollte ehemals einen ganz andern Sinn gehabt haben. So darf z. B. die L. 8. de servitut., obgleich man unter dem Namen servitus auch die persönlichen Dienstbarkeiten begreift, dennoch nur von Real-Servituten verstanden werden, weil in dem Titel de servitutibus bloß von den letz-

d) Const. de concept. D. §. 7. Const. de nov. Cod. fac. §. 2.

ten gehandelt wird *d*). Aus eben diesem Grunde ist die berühmte L. 18. de poenis. — cogitationis poenam nemo patitur, — welche verschiedene *e*) wegen ihrer Inscription auf den in L. 1 — 3. quod quisque juris in alt. stat. vorkommenden Fall einschränken, als eine allgemeine Rechtsregel zu betrachten, welche nur insofern einzuschränken ist, als Justinian selbst in gewissen Fällen eine Ausnahme davon gemacht hat *f*). Dasselbe glaube ich mit vollem Recht in Ansehung der bestrittenen L. 48. de R. I. behaupten zu können, welche einige bloß auf die Ehescheidungen einschränken wollen *g*). Denn wenn es auch ursprünglich die Absicht des Juristen war, seine Regel bloß für diesen Fall aufzustellen: so kann doch das Fragment an seinem jetzigen Orte nicht so verstanden werden, weil es von Justinian unter eine Sammlung allgemeiner Rechtsregeln gebracht ist, und den Worten nach eine solche Regelausdrückt. Denn erst wird ja der allgemeine Satz aufgestellt: quid-

e) Meine Versuche I. B. S. 26 — 28.

e) Cujaz L. 8. Obs. 22. Brenkmann de LL. inser. §. 7.

f) Glücks Comm. I. B. §. 6.

g) S. Glück Comm. 4. B. §. 288. not. 47.

quid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse; und nun erst folgen als Beyspiel die Worte: ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur. Auch läßt sich gewiß vieles zur Rechtfertigung dieser Regel anführen, selbst wenn man annimmt, daß der Zorn eine freye vernunftmäßige Handlung nicht unmöglich macht; und es ist also auch nicht einmal ein äußerer Grund vorhanden, welcher die Einschränkung jener Regel vielleicht zur Folge haben könnte. Eben so muß man L. 8. C. de R. V. von der Eigenthums-, nicht aber mit verschiedenen neueren Juristen von der Pfandklage verstehen. Denn wenn im Titel de rei vindicatione von einer vindicatio die Rede ist, so deutet die Rubrik des Titels schon von selbst darauf hin, von welcher dinglichen Klage die Fragmente dieses Titels verstanden werden sollen *h*).

Von gleicher Wichtigkeit ist die Verbindung, in welche ein Fragment mit den übrigen Fragmenten eines Titels gesetzt ist, wenigstens für die Erklärung der Pandekten: denn die im Codex beobachtete chronologische Ordnung macht

h) Mein Pandekten-System, 2te Aufl. §. 566. not. 9.

allen systematischen Zusammenhang unmöglich. — Schon andre *i)* haben gezeigt, daß die Fragmente eines Titels in den Pandekten nicht grade wie Karten unter einander gemischt sind, sondern daß sich in den mehrsten Titeln das Bemühen der Compilatoren entdecken läßt, die einzelnen Fragmente in eine gewisse Verbindung zu bringen. Man sieht indeß leicht aus der Vergleichung weniger Titel, daß unter dieser Verbindung kein wahres System verstanden werden kann. Nur Fragmente wurden an einander gereiht, welche eine gewisse Aehnlichkeit haben, sich ergänzen, aufklären, berichtigen und näher bestimmen *k)*. Die übrigen folgen mehrentheils in

i) C. F. Koch (Praes. I. C. Koch) Diss. de ordine legum in Pand. Giess 1784. §. 6. II. G. Hufeland Diss. de leg. in Pand. interpretand. subsid. ex earum nexu et consuet. petend. Jen. 1785. §. I — II. S. auch über beyde: Klüber kl. jurist. Bibl. 1785. 2. St. n. 19. 20. S. 164 — 94.

k) Sehr wahr ist es, was Hufeland a. a. O. §. 5. hierüber sagt: Non vero ita ordinem illum ortum existimo, ut antea totum titulum in plures subdiviserint classes Tribonianus sociique, et post sub quacunque leges, quas invenerunt, disposuerint; si hoc enim fecissent, ordinem haberemus meliorem et magis perspicuum! verum potius excerptis locis, et sub diversos titulos dispositis, inter eadem nexum quendam, si fieri potuit, constituere contenderent.

einer ganz zufälligen Ordnung aufeinander, und daher gibt es denn manche Titel, in welchen sich gar kein Zusammenhang entdecken läßt. Tribonian konnte diesen an manchen Stellen auch gar nicht möglich machen, da er nicht weiter ging und gehen durfte, als seine Excerpte reichten, und da in diesen unendlich viele Mittel- und Verbindungssätze fehlten. Belegstellen zum Beweise dieser Sätze brauche ich hier nicht anzuführen, da jeder, welcher nur etwas in den Pandekten geblättert hat, selbst dergleichen kennen wird.

Die innere Structur eines Titels verdient daher allerdings Rücksicht, und ist in den Pandekten weit folgereicher, als in jeder andern einfachen und zusammenhängenden Gesetzgebung. Denn es würde

I) fast in jedem Titel ganz ungereimte Resultate nach sich ziehen, wenn man die Fragmente, welche auf ein anderes folgen, und zur Berichtigung und Ergänzung desselben dienen sollen, aus der Acht liefse. So wird z. B. in L. 7. de rer. divis. gradezu dem widersprochen, was L. 6. §. 5. eod. gesagt ist; und L. 22. de re judicat. beschränkt L. 21. eod. sehr bedeutend,

Man braucht nur aufzuschlagen, wo man will, um Beyspiele dieser Art zu finden.

2) Oft ist ein Fragment an sich unbestimmt und zweydeutig, welches in seiner jetzigen Verbindung einen ganz klaren und bestimmten Sinn hat. Dieser ist dann jetzt natürlich anzunehmen. Die bekannte L. 13. §. ult. de pignor. act. kann hier zum Beyspiel dienen. Nach der gemeinen (aber, wie ich dafür halte, ganz falschen) Theorie von den drey Graden der culpa ist die Erklärung dieses Gesetzes, ohne vorhergehende kritische Emendationen, mit vielen Schwierigkeiten verknüpft. Dieß hat denn manche auf die Meynung gebracht, daß hier gar nicht von der *actio pignoratitia directa*, sondern einer andern im Anfange des Fragments erwähnten *actio in factum* die Rede sey ¹⁾. Wenn man auch über die vielen Einwürfe hinwegsieht, welche aus der L. 13. selbst dieser Erklärung entgegengesetzt werden können: so läßt sich doch schon aus der gleich folgenden L. 14. allein die Falschheit derselben darthun; denn in der letzten wird, als Folgerung aus dem vorhergehenden §. 1. der L. 13. ganz deutlich gesagt: *ea igitur. quae*

1) Höpfner Comm. §. 796:

diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. — Welches Unsinn müßte man Tribonian fähig halten, wenn man annehmen wollte, er habe den §. 1. cit. nicht vom Pfandgläubiger verstanden! Eben so irrig ist meine eigne Behauptung, daß man zur besseren Erklärung der L. 23. de pignor. act. auch annehmen könne, daß in diesem Fragment von der aus der Hauptverbindlichkeit entstehenden Klage die Rede sey. Wenn man die L. 22. §. ult. eod. vergleicht, so kann in dieser Verbindung unter der Klage keine andre, als die Pfandklage des Gläubigers verstanden werden *m*).

m) Ich verwerfe jetzt nicht allein diese, sondern auch die andre Erklärung der L. 23., welche ich in meinen Versuchen 1. B. n. 6. vertheidigt habe, und zwar die letzte, schon allein deswegen, weil im Römischen Recht kein einziges Beyspiel einer stipulatio duplae et usurarum vorkommt. Daß ich meiner Erklärung nie recht getraut, und sie, wie der Recensent in der A. L. Z. glaubt; mehr als ein exegetisches Kunststück betrachtet habe, darf ich wohl gestehen, ohne mich großen Vorwürfen auszusetzen. Vielleicht hätte ich noch mit diesem Geständniß zurück gehalten, wenn nicht ein Brief des Herrn Geh. R. Koch mir die Unrichtigkeit meiner Erklärung so von allen Seiten aufgedeckt hätte, daß ich einen Widerruf jetzt für meine erste Pflicht halte.

Auf gleiche Art läßt sich aus der Verbindung der L. 38. u. 39. de LL. sehr gut zeigen, daß wider bestimmte Gesetze kein Gewohnheitsrecht Statt findet *n*); mehrere andre Beyspiele nicht zu gedenken *o*).

Indefs versteht es sich wohl von selbst, daß auch die Anwendung dieser, wie jeder andern Regel, cum grano salis geschehen muß; daß kein Zusammenhang erdichtet werden darf, um diese oder jene Erklärung eines Gesetzes desto besser vertheidigen zu können. So ist es wohl ganz offenbar irrig, wenn Hortleder *p*) die L. 21. de LL. von juribus singularibus verstehen zu dürfen glaubt, weil in L. 14. 15. 16. eod. von solchen Rechten die Rede sey. Als wenn es Justinian nicht erlaubt gewesen wäre, zu einer andern Materie überzugehen, wenn er über die eine genug gesagt zu haben glaubte! Ich mag hier gar nicht einmal daran erinnern, daß zwischen L. 16. und 21. noch vier Fragmente in der

n) Bericht. und Zusätze zu den Inst. des Röm. Rechts. S. 166. 167.

o) Vergl. Cramer dispunct. jur. civ. cap. 3. Glück Erl. der Pand. 5. B. §. 449. not. 38.

p) F. Hortleder Diss. de vero sensu Legis. non omnium D. de LL.

Mitte stehen, welche von ganz verschiedenartigen Materien handeln.

§. 37.

Freylich ist aber auch auf der andern Seite nichts gewisser, als dafs nicht alle Fragmente in den Pandekten und dem Codex nach ihrem jetzigen Wortverstande, und ihrer jetzigen Stellung verstanden werden können, wenn man nicht auf Sätze gerathen will, an welche die Compiler selbst nicht dachten. Die unglückliche Methode, aus Schriften, deren Inhalt sich nur auf besondere Materien bezog, ein vollständiges Rechtssystem zusammenzulesen, ist hauptsächlich Schuld an diesem auffallenden Fehler der Justinianischen Gesetzgebung. Wer excerpirt, kann sich nicht immer in die Vorstellungsart dessen versetzen, welchem das blofse Bruchstück gegeben wird; er hat unbewußt viele Ideen, welche er nicht ausdrückt, und welche allein den wahren Sinn seiner Sätze bestimmen; auch waren die Verfasser der Pandekten wohl gewifs genug Kenner des Rechts, um leicht in den Fehler der Unbestimmtheit, und des Voraussetzens gewisser Wahrheiten zu verfallen. Diefs macht

denn eine einschränkende Erklärung mancher Fragmente nothwendig, welche aber nach allgemeinen Grundsätzen nur dann erlaubt seyn kann, wenn aus dem Rechte selbst die Nothwendigkeit, und aus dem zu erklärenden Fragment die Möglichkeit derselben erwiesen, und so die Uebereinstimmung der Absicht des Gesetzgebers mit der den Worten zuwiderlaufenden Erklärung dargethan werden kann.

So ist es z. B. außer Zweifel, daß auch einem Pupillen eine Injurie zugefügt werden kann *q)*. Ganz unleugbar ist es daher, daß L. 110. §. 2. de R. I. — Pupillus pati posse non intelligitur — nicht auch auf das *injuriam pati* bezogen werden darf, sondern von solchen Fällen zu verstehen ist, da der Pupill leidet, daß etwas geschehe. Weder der Verfasser des Fragments, noch die Compileren der Pandekten dachten gewiß etwas anders dabey.

Eben so gibt es unleugbar manche Fragmente, welche nach ihrer ganz klaren Wortfassung nicht grade unter die Rubrik des Titels gehören, sondern nur der Verbindung wegen unter dieselbe gesetzt sind, oder auch wohl deswegen, weil

q) L. 3. §. 1. de injur.

überhaupt nicht immer mit Consequenz die Fragmente genau nach der Rubrik gestellt sind e) Hier muß denn freylich die ältere Wortfassung der allgemeinen Andeutung der Rubrik vorgehen. So ist z. B. L. 86. 91. ad Leg. Falcid. durchaus von einem Universal-Fideicommiss zu verstehen, obgleich die Rubrik des Titels auf solche Fideicommissse nicht hindeutet s).

§. 38.

Da die Kaiser in ihren Rescripten und Decreten mehrentheils nur nach dem gemeinen Recht sprachen und entschieden: so muß man besonders darauf bedacht seyn, alle in dem Codex enthaltenen Rescripte und Decrete, welche nicht das vorgelegte Factum scharf angeben, oder dasselbe ganz weglassen, so viel als möglich, sofern es ohne Zwang geschehen kann, mit dem Pandekten-Recht zu vereinigen, und diesem gemäß zu erklären t). So würde es z. B. der ganzen Theorie des Rechts, und Justinians eig-

r) J. T. Richter select. jur. princ. ad ord. digest. expos. Diss. 4. §. 8.

s) A. M. ist hier Pfeiffer de praelegatis. §. 22.

t) Eckard herm. §. 221.

ner Absicht widerstreiten, wenn man L. 2. C. sentent. rescindi non posse u) auch auf die negotia stricti juris ziehen wollte x). Wie leicht ist es nicht, daß man bey Entscheidung eines besondern Falles zu sehr generalisirt, und mehr darauf sieht, eine für die Umstände entscheidende, als eine für die Wissenschaft richtige, und von allen Seiten genau bestimmte Regel aufzustellen! Das vorliegende Geschäft war gewiß ein negotium bonae fidei, und unter dieser, freylich jetzt, nach Weglassung des Facti, nicht ausgedrückten, Voraussetzung war denn die Regel auch ganz richtig. Aus gleichen Gründen ist die allgemeine und unbestimmte L. ult. C. de commodato — praetextu debiti restitutio commodati non recte recusatur — von einem debito non connexo zu verstehen, da es ja sonst überall Grundsatz ist, daß wegen eines debiti connexi das Retentions-Recht ausgeübt werden kann y).

u) Peremptorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum edictum manifeste declarat.

x) Reinold Diss. de leg. inscript. §. 14. Nood probab. L. 2. c. 1. de jurisdict. et imper. L. 1. cap. ult.

y) Vinnii quaest. select. L. 1. c. 51. Faselius vom Retent. R. §. 19. not. 6.

Noch ein ähnliches Beyspiel enthält L. 13. C. de collat. 2), woraus den Worten nach der Satz folgt, daß eine Schenkung überhaupt conferirt werden muß. Allein da es, nach Justinians eignen Zeugniß a), gemeinen Rechts war, daß eine donatio simplex nicht conferirt zu werden brauche: so kann man das Fragment nicht von dieser, sondern nur von einer donatio modalis, oder einer, aus andern Gründen zu conferirenden Schenkung verstehen b).

In allen diesen Fällen ist, wie ich glaube, die vertheidigte einschränkende Erklärung so natürlich, daß man mit Gewissheit sagen kann, sie ist weder den deutlichen Worten, noch Justinians Absicht zuwider. Man darf sich aber durch solche Beyspiele, und die eben angegebenen Gründe nicht zu jeder gewaltsamen Erklärung berechtigt halten. Auch der Geist des Codex erfordert es, daß man denselben nicht als

2) Si donatione tibi post mortem patris fundum quaesisti, soror tua portionem ejus vindicare non potest. Nam si is filiae familias constitutae tibi a patre donatus est, cum sorore patri communi succedens, eum praecipuum habere contra jus postulas.

a) L. 20. §. 1. C. eod.

b) Hofacker princ jur. R. G. T. II. §. 1659.

blofse Beyspielsammlung für die Grundsätze der Pandekten betrachte. Denn

I) ist nichts gewisser, als dafs die Kaiser in ihren Rescripten zum Vorthail gewisser Personen oft Ausnahmen vom gemeinen Recht machten, welche nie etwas mehr als blofse Privilegien waren; dafs sie falsche Grundsätze aufstellten, von welchen bey andern Gelegenheiten abzugehen sich kein Jurist scheute. Justinian nahm nicht selten solche Rescripte in den Codex auf, welche dann nicht ohne Widerspruch mit dem Recht der Pandekten durch Restriction vereinigt werden können. So ist es nach dem Recht der Pandekten ganz ausgemacht, dafs die in der Gefangenschaft concipirten und gebornen Kinder nicht *jure postliminii* restituirt werden c). Dennoch liefsen Sever auch Antonin einmal in einem Rescript eine Ausnahme zu. Dieses Rescript steht jetzt im Codex d), und da wäre es doch wahrlich ganz widersinnig, wenn man die Bestimmung des Codex durch das Pandekten-Recht weginterpretiren wollte. Man mufs nur immer

c) L. 26. de stat. hom. L. 17. §. 5. ad. SCt. Trebell.

d) L. 1. C. de postlim. revers.

bedenken, daß in den Pandekten vieles der Geschichte wegen steht, was zur Verständlichkeit des Codex dienen sollte. So hat es Justinian selbst mit den deutlichsten Worten gesagt, daß man nur Einmal um ein *tempus deliberandi* solle bitten können e). Und doch steht in L. 3. D. de jure deliberandi mit eben so deutlichen Worten: *nec non illud sciendum, nonnunquam semel, nonnunquam saepius diem ad deliberandum datum esse*. Ich möchte doch sehen, wie die, welche überhaupt den Grundsatz annehmen, daß der Codex den Pandekten nie derogire, hier eine Vereinigung möglich machen könnten, wenn sie über ihren gewöhnlichen Machtspruch: *sibi non contradicunt, si recte intelliguntur*, hinausgingen. Es ist wirklich wahr: der Codex hebt die Pandekten nirgend auf, wo er so alt ist wie diese; aber die widerstreitenden Stellen im Codex zeigen an, was sich in den Pandekten antiquarisches befindet, und dieß wird denn natürlich durch kein neueres Recht aufgehoben, weil es nach Justinians Absicht nicht als geltendes Recht in die Pandekten aufgenommen ward.

e) L. 21. §. 13. in fen. C. de jure delib.

2) Viele von den Kaisern lebten nach den Juristen, aus deren Schriften die Pandekten genommen sind. Das gemeine Recht blieb aber gewiss nicht unverändert so, als es zur Zeit der classischen Juristen gewesen war, und schon das Gewohnheitsrecht allein brachte unstreitig manche abweichende Grundsätze in Umlauf. Wenn also auch die späteren Kaiser immer für das gemeine Recht stritten, so hieß doch zu ihrer Zeit nach gemeinem Recht entscheiden nicht immer so viel, als: nach dem Pandekten-Recht entscheiden. Auch ist es ja bekannt genug, daß Männer wie Diocletian. Constantin und Theodos sich durch Haß gegen Neuerungs-sucht und Willkühr eben nicht sehr auszeichneten.

3) Nicht alle Bestimmungen des gemeinen Rechts, nicht alle Beschränkungen und Ausdehnungen dieses oder jenen Satzes sind in die Pandekten aufgenommen, und der Codex, als Supplement, enthält unstreitig manche singularia des gemeinen Rechts, welche sonst nirgend vorge-tragen sind. Auch in Fällen dieser Art wäre es wieder ganz ungereimt, wenn der Codex sich nach den Pandekten biegen sollte.

Besser wäre es also, man sagte: wenn der Wortverstand des Codex dem Wortverstande der Pandekten widerstreitet; so müssen die widerstreitenden Stellen der Pandekten als antiquarisches Recht weichen. Ist dagegen eine Entscheidung des Codex unbestimmt, und sieht man nicht genau, auf welches Factum sich dieselbe bezieht: so muß man sie von einem solchen Fall verstehen, für den sie nach den sonst bekannten Rechtsgrundsätzen paßt.

§. 39.

Als die wichtigsten und fruchtbarsten Hülfsmittel der Interpretation des Römischen Rechts nennt man allgemein das Studium der Inscriptionen der in den Pandekten und dem Codex befindlichen Fragmente, und das Studium der Ueberbleibsel des Vor- und Nach-Justinianeischen Rechts. Man hat bisher, um die Armuth der Hermeneutik zu verbergen, bey Erörterung dieser Materien vieles vorgetragen, was eigentlich in die Rechtsgeschichte gehört, und durch zusammengehäufte Beyspiele den Leser für den Mangel an Grundsätzen schadlos zu halten gesucht. Da es mir bloß um kritische Principien zu thun ist, so werde ich mich nur auf das einschränken,

was wesentlich zur Sache gehört, und hauptsächlich die Frage zu beantworten suchen: in wiefern und unter welchen Beschränkungen kann überhaupt der practische Ausleger des Römischen Rechts von diesen Hülfsmitteln Gebrauch machen?

§. 40.

Was zuvörderst den Gebrauch der Inscriptionen betrifft *f*): so kann dieser dem praktischen Juristen nur dann gestattet werden, wenn die Inscriptionen einen Aufschluß geben, dessen Richtigkeit sich aus dem Justinianischen Recht selbst erweisen läßt, oder welcher auf keine in dem Justinianischen Recht nicht befindliche Bestimmungen führt. Justinian hat

f) S. davon überh. J. Labittus de usu indicis Pandect. H. Brenkmann de leg. inscr. B. H. Reinold orat. de leg. inscr. (alle drey in Wieling jurispr. rest) Wunderlich Diss. de leg. inscr. Brunquell prol. de utilitate ex diligent. comparat. omnium ejusdem inscr. in D. capit. capiend. in ejusd. opusc. T. I. n. VI. Eckhard herm. L. 1. c. 5. Da ich nicht gern wiederholen mag, was schon von andern gut genug gesagt ist: so setze ich aus diesen Schriften manches als bekannt voraus.

das ältere Recht aufgehoben und überall verändert. Was sich nicht aus seiner Gesetzgebung schöpfen läßt, ist also in keinem Betracht als rechtliche Bestimmung anzusehen. Et nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat — heisst es im §. 7. de conc. Dig. — Et in tantum volumus eadem omnia, quum reposita sunt, obtinere, ut, etsi aliter fuerant apud veteres conscripta, in contrarium autem in positione inveniantur, nullum erimen scripturae imputetur, sed nostrae electioni hoc adscribatur. Man würde annehmen müssen, daß wir ausser Justinians Compilation noch andre Gesetzbücher haben, wenn man das Gegentheil vertheidigen wollte.

Auch läßt sich leicht darthun, daß der Gebrauch der Inscriptionen im allerhöchsten Grade gefährlich, misslich und willkührlich wird, sobald man etwas dadurch lernen zu können glaubt, zu dessen Beweise sich die Data aus dem Justinianeischen Rechte selbst nicht hernehmen lassen. Ein Fragment enthält z. B. einen Satz, welcher sonderbar scheint, dem aber im Justinianeischen Recht nichts eigentlich widerstreitet. Jetzt sucht man vermittelst der Inscription andere Stellen auf, an welche man dasselbe an-

pafst, um so durch den Zusammenhang einen bessern Sinn herauszubringen. Hier entsteht denn gleich die Frage: fand dieser Zusammenhang ehemals wirklich Statt? Will man aufrichtig seyn, so muß man es einräumen, daß sich die bejahende Antwort dieser Frage nie auf einen ordentlichen Beweis stützen kann, und daß alles am Ende auf Muthmaßungen und Möglichkeiten hinausläuft, auf welche in der Praxis keine Rücksicht zu nehmen ist^{g)}. Noch mißlicher ist es, wenn man Fragmente, welche angeblich zu allgemein sind, wegen ihrer ehemaligen Verbindung restringiren will, ohne daß das Justinianische Recht selbst diese Einschränkung nothwendig macht. Ich will hier der Kürze wegen nur bey den Fragmenten stehen bleiben, welche ich oben (§. 36. princ.) angeführt habe. Die Regel der L. 18. de poenis ward, wie die Inscription zeigt, von dem Juristen zur Begründung einer besondern Entscheidung angeführt; aber war sie deswegen eine bloße Regel für den gegebenen Fall? Man sollte doch denken, daß jeder das Recht habe, einen besonderen Satz

g) Vergl. Koch Belehrungen über die Mündigk. z. Testir.
§. 8. a. E.

durch eine allgemeine Regel zu unterstützen; und wer hat denn jemals blofs aus Gründen raisonnirt, deren Umfang sich nicht über die vorliegende Materie erstreckte? Eben diefs gilt von der erwähnten L. 48. de R. I. Man kann sich auch sicher darauf verlassen, dafs keine Restriction unangefochten geblieben ist, deren Nothwendigkeit nicht im Justinianeischen Rechte selbst liegt. *Quis enim nescit* — sagt Voet *h)* sehr richtig bey Gelegenheit eines solchen Falles — *innumeris prope in locis per modum rationis, vel objectionis, vel exempli materias tractari ab ea, quae ex professo excutitur, alias prorsus, si in se spectatae fuerint.* Dieser Einwurf, und der Umstand, dafs Justinian vieles absichtlich änderte, und vieles nicht so verstand, als es ehemals verstanden ward, müssen immer ein unübersteigliches Hindernifs gegen jede Auslegung seyn, welche ein Fragment blofs deswegen gegen die Worte erklärt, weil es vielleicht ursprünglich in seiner Verbindung einen andern Sinn hatte.

Sehr wichtig bleibt indess das Studium der Inscriptionen immer, und zwar hauptsächlich in folgenden Fällen.

h) Comm. Tit. de transact. §. 12.

1) Es gibt manche nichtssagende Stellen in den Pandekten, welche für und wider nichts angeführt werden können, bey denen sich aber etwas bestimmtes denken läßt, wenn man vermittelst der Inscription nach dem ursprünglichen Sinn derselben forscht. Von dieser Art ist L. 20. de V. S.: verba contraxerunt, gesserunt non pertinent ad testandi jus, welche, wenn man L. 2. de cap. minut. und §. 4. I. quib. mod. test. infirm. damit vergleicht, einen sehr bestimmten Sinn erhält i). Ein neuer Rechtssatz wird dadurch nicht gefunden, und also ist hier die Interpretation mit Hülfe der Ueberschrift erlaubt; aber es wird doch dadurch ein sinnloses Fragment verständlich gemacht, und deswegen ist denn der Nutzen des Vergleichens in die Augen fallend.

2) Es ist in vielen Fällen nach der Regel: species generi derogat offenbar, daß ein unbestimmtes allgemeines Fragment restringirt, oder auf gewisse Fälle eingeschränkt werden muß. Gewiß ist es in Fällen dieser Art immer sehr interessant, und für den gründlichen Juristen, welcher volle Befriedigung sucht, äußerst ange-

i) Labitt de usu ind. pand. cap. 2. §. 8.

nehm, wenn sich vermittelst der Inscriptionen darthun läßt, daß der ursprüngliche Sinn eines Fragments mit der Restriction, welche die strengen Regeln der Hermeneutik nothwendig machen, zusammentrifft, und daß also auch dieselbe höchstwahrscheinlich der eignen Absicht Justinians gemäß ist. So kann, wenn man die ganze Lehre vom Pfandrecht zu Rathe zieht, nach den Regeln von der Restriction der Gesetze, welche in der Lehre von der grammatischen Interpretation zu entwickeln sind, der bekannte Satz in L. 5. §. 1. de pignor. et hypoth. inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt — vernünftiger Weise nur von der actio hypothecaria verstanden werden. Wie interessant muß es nun nicht für den denkenden Mann seyn, zu sehen, daß die Inscription grade auf dasselbe Resultat hinführt k). Aehnliche Beyspiele geben die §. 27. angeführten L. 153. de R. I. und L. 110. §. 2. eod., welche wegen der speciellen Vorschriften Justinians, und nach der ganzen Natur des Rechts restringirt werden müssen, und deren ursprünglicher Sinn, in Ansehung dessen

k) Reinold de leg. inser. §. 10. Eckhard herm. §. 187.

man sich ohne Unterstützung der Inscriptionen auf bloßes Muthmassen einschränken muß, ganz mit dem zusammentrifft, was das Resultat der grammatischen Interpretation ist *l)*. Auf eben diese Weise erklärt *Weber m)* die L. 37. de fideiussor. sehr gut, ohne daß man als Praktiker etwas dagegen einwenden könnte. Denn wer keine andre Grundsätze aufstellt, als solche, welche bloß das Product der grammatischen Interpretation sind; wie könnte man es dem verwehren, dahin zu streben, seine Grundsätze auch für seinen Verstand befriedigend zu machen?

3) In dem Codex zeigen die Inscriptionen, welche Gesetze ursprünglich Decrete und Rescripte waren *n)*. Daß es nicht unwichtig sey, dieß zu wissen, habe ich vorhin (§. 38.) ausgeführt.

§. 41.

Die Benutzung der vorhandenen Quellen, aus welchen Justinians Gesetzgebung geschöpft ist, ist natürlich an eben die Einschränkungen

l) Reinold l. c. §. 5. Cuper de nat. poss. P. II. n. 7.

m) Nat. Verb. §. 92. S. 430 — 434.

n) Vergl. Eckhard herm. §. 121. 122. Glück intr. in stud. leg. posit. germ. §. 48. not. 1.

gebunden, welche im vorhergehenden Paragraphen aufgestellt sind o). Ich weiß es wohl, daß man häufig diese Grenzen überschritten ist, aber Beispiele beweisen nicht, sondern dienen vielmehr zur Warnung, wo Willkührlichkeiten und Irrthümer so offenbar sind. Es ist ein Unglück, daß dem großen Haufen die sogenannte Eleganz mehr gilt, als Bündigkeit und Richtigkeit der Ideen; und daß es vielen, selbst klugen Männern, mehr um ihren Ruf, als die Sache selbst zu thun ist. Es zeugt doch immer am meisten von eleganter Gelehrsamkeit, wenn man die Entdeckung gemacht hat, daß sich ein Fragment in Justinians Codex mit Hülfe des Codex Theodosianus umschmelzen läßt, als wenn man bloß aus Justinians Gesetzgebung ein Fragment bündig erklären kann. Wie würde man sonst die deutlichen Vorschriften Justinians so oft übersehen, und sich zu Theorien haben verleiten lassen können, welche sich aus dem, was für uns geltendes

o) Das Beste über diese Materie findet sich in den vorhin angeführten Schriften de leg. inscriptionibus, und Brunquell Diss. de codice Theodos. ejusque in Cod. Iust. usu (opusc. T. 1. n. 2.) cap. 2. 3. Ueber das, was die Geschichte des Ante-Justinianischen Rechts betrifft, brauche ich mich hier gar nicht zu verbreiten.

Recht seyn sollte, durchaus nicht beweisen lassen, und mehrentheils auch nicht aus den vorhandenen Bruchstücken des Ante-Justinianeischen Rechts, da diese nicht einmal ächt, und in ihrer ursprünglichen Form auf uns gekommen sind? Von dieser Art ist z. B. die Erklärung der L. un. C. si liberalit. imper. socius sine her. dec., welche Höpfner *p)* zu vertheidigen sucht, und welche ohne irgend eine in dem Justinianeischen Recht liegende Nothwendigkeit, die deutlichen Worte des Gesetzes hintansetzt, bloß und allein aus Respekt für das Alterthum. Ebenso auffallend widerrechtlich sind die Erklärungen, durch welche man die L. 3. C. commun. utriusque judic. dem Codex Gregorianus anpassen gesucht hat *q)*, und dieß um so mehr, da das Gesetz in sich einen vollkommen guten und vernünftigen Sinn hat, wenn man weiß, daß ein Urtheil nur wegen eines Betrugs, nicht aber wegen eines Irrthums rescindirt werden darf *r)*.

p) Comment. §. 701. not. I.

q) Gebauer de hercto cito ob inaequalitatem in melius reform. (op. T. II.). Püttmann probab. c. 7. Voorda elect. c. 26.

r) L. 26. famil. hercisc. L. 7. C. de jur. et fact. ignor. L. 33. de judic.

Wer den Mißbrauch verhindert, erklärt sich dadurch noch nicht gegen allen Gebrauch, und ich lasse daher im Uebrigen das Studium des Ante-Justinianeischen Rechts in seinem vollen Werth. Auch die verfälschten Bruchstücke, welche wir besitzen, sind für die innere Rechtsgeschichte, und in manchen andern Rücksichten unschätzbar. Ich will nur, daß man kein geltendes Recht aus demselben schöpfe, welches sich nicht zugleich in Justinians Gesetzgebung findet; im Uebrigen wird mir der immer der Liebste seyn, welcher mit Verstand den mehrsten Gebrauch davon zu machen weiß.

§. 42.

Das Post-Justinianeische Recht ^{s)} ist für die logische Interpretation der Gesetzgebung Justinians wohl ganz unleugbar von geringer Erheblichkeit, wie jedes Zeugniß eines Dritten über die Gründe der Gesetze, und die Absicht des Gesetzgebers; und dieß um so mehr, da selbst in den vorzüglichsten Werken mancher

s) S. überh. Eckhard Lib. 1. c. 7.

offenbar falsche Grund angegeben ist t). Nur zur Bestärkung dieser oder jener Meynung lassen sich die Griechen in dieser Hinsicht allenfalls benutzen; aber es versteht sich, daß der Satz, welchen sie bestärken sollen, auch aus dem Justinianeischen Recht allein im Wesentlichen aufs Klare gebracht werden kann. Der Gebrauch ist hier also für den denkenden Mann mehr interessant, als von wirklichen practischen Nutzen.

Desto wichtiger ist der Nutzen, welcher sich für die grammatische Interpretation aus dem Studio des Post-Justinianeischen Rechts, besonders der Paraphrase des Theophilus, dem epitome Juliani, den Basiliken, und den verschiedenen Glossarien schöpfen läßt, nur kommt es auch hier wieder vor allen Dingen auf kritische Principien an, um dem wirklich ungeheuren Mißbrauch zu steuern, welcher hauptsächlich von den Basiliken gemacht ist. Die Grenzen dieser Schrift erlauben es aber nicht, daß ich mich schon jetzt darüber verbreite.

t) Z. B. Theophili paraphras. ad §. 1. L. de excus. tut.

In der Eckhardischen Hermeneutik findet sich noch ein weitläuftiges Capital über die Wichtigkeit der Kenntniss der stoischen Philosophie, und der Sekten der Juristen zur Erklärung des Römischen Rechts u). Die ganze Materie ist aber schon so von allen Seiten beleuchtet, daß ich den, welcher im Ernst der Meynung ist, daß jene Kenntniss vorzüglich viel zur Erklärung der Gründe des Römischen Rechts beytrage, durch keine neue Einwürfe zu widerlegen vermag. Nur das halte ich für gewiss, daß die Römischen Juristen durch das Studium der griechischen Philosophie disciplinirt wurden; aber ich wage es nicht, auch nur drey Fragmente aus stoischen, oder den Principien einer andern Philosophie zu erklären. Die Kenntniss der Sekten der Juristen ist für die logische Interpretation nach meiner Ueberzeugung noch weit unfruchtbarer. Denn daß irgend eine Partey überhaupt durch gewisse allgemeine Principien gelei-

u) L. I. c. 4. Ausser den hier angeführten bekannten Schriftstellern über diese Materie gehört noch hieher. J. A. Ortloff über den Einfluß der stoischen Philosophie auf die römische Jurisprudenz, Erlang. 1797. 8.

tet wurde, läßt sich nicht erweisen; und also muß in jedem einzelnen Fall immer wieder gefragt werden: welches waren die besonderen Gründe dieser oder jener Meynung? Wollte man alles namentlich anführen, was zur Erklärung des Römischen Rechts beytragen kann, so würden sich vielleicht noch weit wichtigere Hülfsmittel dieser Art angeben lassen. Von welchem Einfluß ist nicht z. B. die Kenntniß des Volks-Charakters, der Lebensweise der Römer, der physischen Beschaffenheit des Römischen Staats? Die Hermeneutik braucht aber alle die Hülfsmittel nicht einzeln in ihren Folgen darzustellen, denn es kommt hier am Ende fast alles einzig und allein auf gesunden Verstand und Beurtheilungskraft an; und man wird es vergebens versuchen, zu den allgemeinen Grundsätzen noch irgend eine instructive und nothwendige besondere Regel hinzuzusetzen.

§. 44.

Zum Beschluß sey es mir erlaubt, über die Zulässigkeit der Critik des Römischen Rechts, deren Grenzen gleichfalls hieher gehören x), noch

x) Denn fast alles bey der Critik ist logische Auslegung nach der Absicht des Gesetzgebers. Meine Vers. 2. B. S. 23

einiges zu erinnern. Die, gegen eine meine früheren Abhandlungen über diesen Gegenstand *y)* von Herrn Feuerbach *z)* aufgestellten Behauptungen geben mir hiezu noch eine besondre Veranlassung. Ich werde indeß nur meine Grundsätze im Allgemeinen entwickeln, weil die Anwendung derselben einen präparatorischen Theil der Hermeneutik, nämlich die Geschichte der Ausgaben des corpus juris, voraussetzt, welche wegen der Grenzen dieser Schrift hier keinen Platz finden kann.

In meiner angeführten Abhandlung bin ich darüber mit Herrn Feuerbach im Wesentlichen ganz einverstanden, daß der Jurist aus gegebenen Varianten der Manuscripte die besten wählen, und eigenthümliche Fehler der gedruckten Ausgaben bessern darf, weil diese nichts sind, als Corruptionen eines gesetzlichen Textes, welche von Privat-Personen herrühren, denen Niemand gesetzgebende Gewalt verliehen hat. Die eigentliche Streitfrage reducirt sich also darauf: wenn die vorhandenen Manuscripte ein-

y) Versuche I. B. n. 16.

z) Civilistische Versuche. I. B. n. III.

stimmig in einer gewissen Lesart übereinstimmen, darf dann der Jurist diesen feststehenden Text der Gesetze ändern, oder, mit andern Worten, sich der höheren Conjectural-Critik bedienen? Diese Frage verneinte ich in der citirten Abhandlung, weil der Jurist nur auslegen, aber nicht bessern solle, und weil die Zulassung der höheren Critik zur grenzenlosesten Willhühr führen müsse. Ehe Herr Feuerbachs Einwendungen erschienen waren, verlief ich jedoch diese Behauptung zum Theil in der ersten Ausgabe meines Pandekten-Systems (§. 45.), und beharrte, ungeachtet jener Einwendungen, auch in der zweyten Ausgabe (§. 52.) auf den, in der ersten Ausgabe aufgestellten Sätzen. Es wird also jetzt, da ich noch nicht überzeugt bin, meine zweyte Meynung mit einer Dritten vertauschen zu müssen, alles darauf ankommen, dafs ich die Gründe dieser neuen Meynung gehörig darlege, und dann die entgegenstehende Theorie meines Freundes einer nähere Prüfung unterwerfe.

Als ich zuerst die Behauptung aufstellte, dafs der practische Jurist sich nie eine Conjectural-Critik erlauben dürfe, hatte ich mich zunächst grade am meisten mit den theoretischen Schrif-

ten von Anton Faber, und mit Noodts Werken beschäftigt. Die anerkannte grenzenlose critische Willkühr beyder war mir so unerträglich geworden, daß ich in diesem Gefühl des Unwillens jede bessernde Critik verwarf, um dadurch der, mir so verhaßt gewordenen Willkühr eine recht scharfe Grenze setzen zu können. Wirklich möchte sich auch aus allen critischen Emendationen beyder Schriftsteller keine andre Regel abstrahiren lassen, da ihre Besserungen nur immer darauf hinausgehen, zu setzen, was der Gesetzgeber, wenn er im Ausdruck oder Gedanken vollkommen seyn solle, hätte sagen müssen, ohne zu bedenken, daß dem Juristen nichts weiter gestattet ist, als den, fehlerfreyen oder mangelhaften Willen des Gesetzgebers auszuforschen. Dennoch aber lassen sich auf der andern Seite auch Fälle denken, da das natürliche Gefühl einen Jeden für die Critik stimmen wird. Wenn z. B. in einem Gesetz, welches vieles über Mann und Frau verordnet, einmal so geschrieben wäre: Mann nnd Frau sollen sich alimентiren, — wird dann nicht Jeder geneigt seyn zu sagen, daß hier offenbar Statt: und aus Versehen: nnd geschrieben sey, und daß man und lesen müsse? Ohne Zweifel würde man den Ju-

risten allgemein verlachen, welcher hier mit bedenklichem Ernst zur Einholung einer authentischen Interpretation rathen wollte; und zwar mit vollem Recht. Denn was der Gesetzgeber sagen wollte, ist hier ja aus dem Zusammenhange ganz offenbar. Stellen also die Gesetze, wie sie es ausgemacht thun, das Princip auf: wenn der Gesetzgeber aus Versehen gesagt habe, was zu sagen seine Absicht nicht gewesen sey, so solle der Jurist das Gedachte dem Gesagten vorziehen, — was ist dann natürlicher, als daß man auch in jenem Fall den Geist des Gesetzes dem fehlerhaften Wortverstande desselben vorzieht? Denkt man nun dabey an die einfachen Grundsätze, worauf die ganze Hermeneutik beruht, nämlich, daß zunächst die Worte entscheiden, und nächst diesen der Geist der Gesetze, daß aber, wenn der letzte nicht mit Gewißheit auszumitteln ist, der Jurist die, weder durch grammatische noch logische Auslegung zu lösenden Zweifel von der Gesetzgebung aufklären lassen soll (§. 15. a. E.): so ergeben sich daraus die Resultate für die practische Anwendbarkeit der höheren Conjectural-Critik ganz von selbst. Sie ist nämlich erlaubt, wenn aus dem Zusammenhange gezeigt werden kann, daß der Gesetzgeber

nicht diefs sondern jenes sagen wollte, unerlaubt hingegen, wenn eins von beyden, oder beydes nicht erwiesen werden kann, also wenn man überhaupt ungewifs darüber ist, ob nicht der Gesetzgeber vielleicht wirklich die Absicht hatte, sagen zu wollen was er sagte, oder wenn man zwar sieht, dafs er diefs nicht sagen wollte, dabey aber unmöglich ist auszumitteln, was eigentlich positiv seine Absicht war. Diefs ist es, was ich in meinem Pandekten-System durch die Regel sagen wollte: eine Aenderung der Manuscripte ist nur dann erlaubt, wenn alle Bedingungen der logischen Auslegung vorhanden sind.

Ganz abweichend hievon ist Feuerbachs Theorie; welche sich im Wesentlichen auf folgende Hauptsätze reducirt: Der Jurist müsse alles, was ihm der Gesetzgeber selbst kund gethan habe, durchaus ungeändert lassen, weil er sonst als Gesetzgeber den Gesetzgeber meistre. Wohl aber dürfe und müsse er den ursprünglichen Text wieder herstellen, wenn derselbe durch die Abschreiber und Editoren verdorben sey. In den verbis dispositivis sey eine solche Kritik nur der Nothwendigkeit wegen, d. h. um Unsinn oder Widersprüche zu entfernen, erlaubt,

während sie bey andern Worten des Gesetzes auch der Nützlichkeit wegen z. B. um einen besseren Sinn, oder einen besseren Ausdruck zu erhalten, zulässig sey, da bey solchen Worten den Juristen die gesetzgebende Auctorität nicht binde.

Gegen diese Ideen erlaube ich mir nun folgende Bemerkungen:

1) Dafs der gesetzlich publicirte Text von dem Juristen gar nicht geändert werden dürfe, ist, wie ich vorhin gezeigt habe, eine falsche Behauptung, sobald man es dem Critiker zur Pflicht macht, nur das anzunehmen, was der Gesetzgeber sagen wollte. Dann tritt auch der Jurist nicht als Gesetzgeber über den Gesetzgeber, sondern er stellt grade das als Resultat auf, was den Absichten des Gesetzgebers gemäfs ist, bleibt also ganz in den Grenzen der Auslegung. Hier müssen denn auch die Unterscheidungen zwischen Gründen der Nothwendigkeit und Nützlichkeit, oder zwischen gesetzlicher und historischer Critik, durchaus wegfallen. Das Princip für die Critik aller möglichen Reden kann nie ein anderes seyn, als, dafs man ändern darf, wo erwiesen ist, dafs der Urheber der Rede nicht diefs, sondern jenes sagen wollte. Kann man z. B.

bey einem historischen Schriftsteller nicht diefs zeigen, sondern nur, dafs Gedanke und Ausdruck in dieser Fassung besser seyn würden, so möchte ich doch einen Grund sehen, welcher hier zur Aenderung berechtigte. Denn die Critik ist ja nicht die Kunst, eine schlechte Rede geschickt besser zu machen, sondern eine Hülfswissenschaft des Auslegers, und insofern überall auf die Entdeckung der Absichten des Redenden beschränkt.

2) Verwirft man aber jede Critik des gesetzlichen Textes, wie derselbe publicirt ist, so muß man auch die Critik der Manuscripte des Römischen Rechts verwerfen, und so auf meine erste, nachher von mir verlassene Theorie wieder zurückkommen. Denn juristisch ist die Reception und gesetzliche Bestätigung (wie wir sie in Rücksicht des Römischen Rechts in den Reichsgesetzen finden) der Publikation eines Gesetzbuches vollkommen gleich. Recipirt Jemand einen Text, wie er jetzt ist, so ist der Fall eben so, als ob ihm dieser Text in eben jener Masse publicirt wäre. Nun aber sind die vorhandenen Manuscripte des Römischen Rechts im Mittelalter, wie sie damals existirten, recipirt worden. Wären

sie in dieser Beschaffenheit damals publicirt worden, so würde Herr F. jede critische Aenderung derselben verwerfen; er darf diese also auch nicht zulassen, da die Manuscripte in ihrer damaligen Beschaffenheit recipirt und gesetzlich bestätigt wurden.

3) Aber auch abgesehen von allen diesen Gründen, so steht Herrn F. doch noch immer der äusserst bedeutende Einwand entgegen, daß die von ihm im Allgemeinen zugelassene Wiederherstellung des verdorbenen Textes des Justinianeischen Rechts sich nie als solche erweisen läßt, daß also dem Juristen etwas gestattet wird, wobey man ihm gleich wieder bemerken muß, daß er nicht gebrauchen könne, was man ihm zusichert. Denn offenbar fehlt bey jener Theorie der Mittelsatz, da ein erweislicher Unsinn und Widerspruch der Manuscripte an sich nur beweist, daß hier ein Fehler ist, keineswegs aber, daß dieser Fehler nicht schon in dem, von Justinian publicirten Original-Text gestanden habe, und so aus Versehen von Justinian selbst publicirt sey. Daß bereits in den publicirten authentischen Exemplaren sich viele Fehler eingeschlichen hatten, ist nicht allein im Allgemei-

nen denkbar, sondern höchst wahrscheinlich. Man versetze sich nur in Justinians Zeiten! Hätte es damals gedruckte Editionen gegeben, so liefse sich völlige Correctheit noch für wahrscheinlich halten. Denn der höchste Fleiß einer, oder mehrerer Personen läßt sich leicht möglich machen, wenn die genaue Correctur eines Exemplars zugleich die Fehler vieler gleichlautenden Exemplare anzeigt. Allein zu Justinians Zeiten mußte jedes einzelne Exemplar besonders revidirt werden, und wenn man fürchtete, daß bey Abschriften von Abschriften die Fehler multiplicirt würden, so mußte man zugleich eine Menge von Schreibern hinsetzen, und diesen ein Haupt-Exemplar dictiren. Diese letzte Methode ward gewiß, schon wegen der Abkürzung der Zeit, von Justinian befolgt. Denn da doch zugleich eine Menge von Exemplaren in alle Theile des Reichs versandt werden mußten, so war das schwerfällige Multipliciren der Abschriften durch Abschriften unmöglich. Nun denke man sich den, gewiß sehr wahrscheinlichen Fall, daß Justinian ein Paar hundert Schreibern auf einmal den Text seines Gesetzbuchs dictiren, und nachher diese, vielleicht gar nicht einmal revidirten Exemplare (denn mit welcher Uebereilung ward

die ganze neue Gesetzgebung betrieben!) unter den Gerichten vertheilen liefs. Wie leicht läfst es sich hier begreifen, dafs alle gesetzlich publicirten Texte in vielen Fehlern harmonirten, nicht blofs weil der Dictirende gewöhnlich eben so wenig nachdenkt, und sein Versehen merkt, als der gedankenlose Schreiber, sondern weil vielleicht (oder, wenn man an den Umfang des Werks denkt, wahrscheinlich) der Text, den der Dictirende vor sich hatte, auch nicht frey von Fehlern war. Da wir nun bey keinem Theile des Corpus juris historische Nachrichten über die Beschaffenheit des publicirten Urtextes haben: so läfst sich auch bey keinem einzigen Fehler der Manuscripte zeigenⁿ, dafs er erst nachher eingeschlichen sey, und damit fällt denn jede wiederherstellende Critik der Manuscripte als unmöglich unbedingt hinweg.

D r u c k f e h l e r.

Auf dem ersten Bogen ist überall *interpraetatio* Statt
interpretatio gedruckt, nämlich

Seite 4. Zeile 4. von oben

— 6. — 2. — —

— — — 3. von unten.

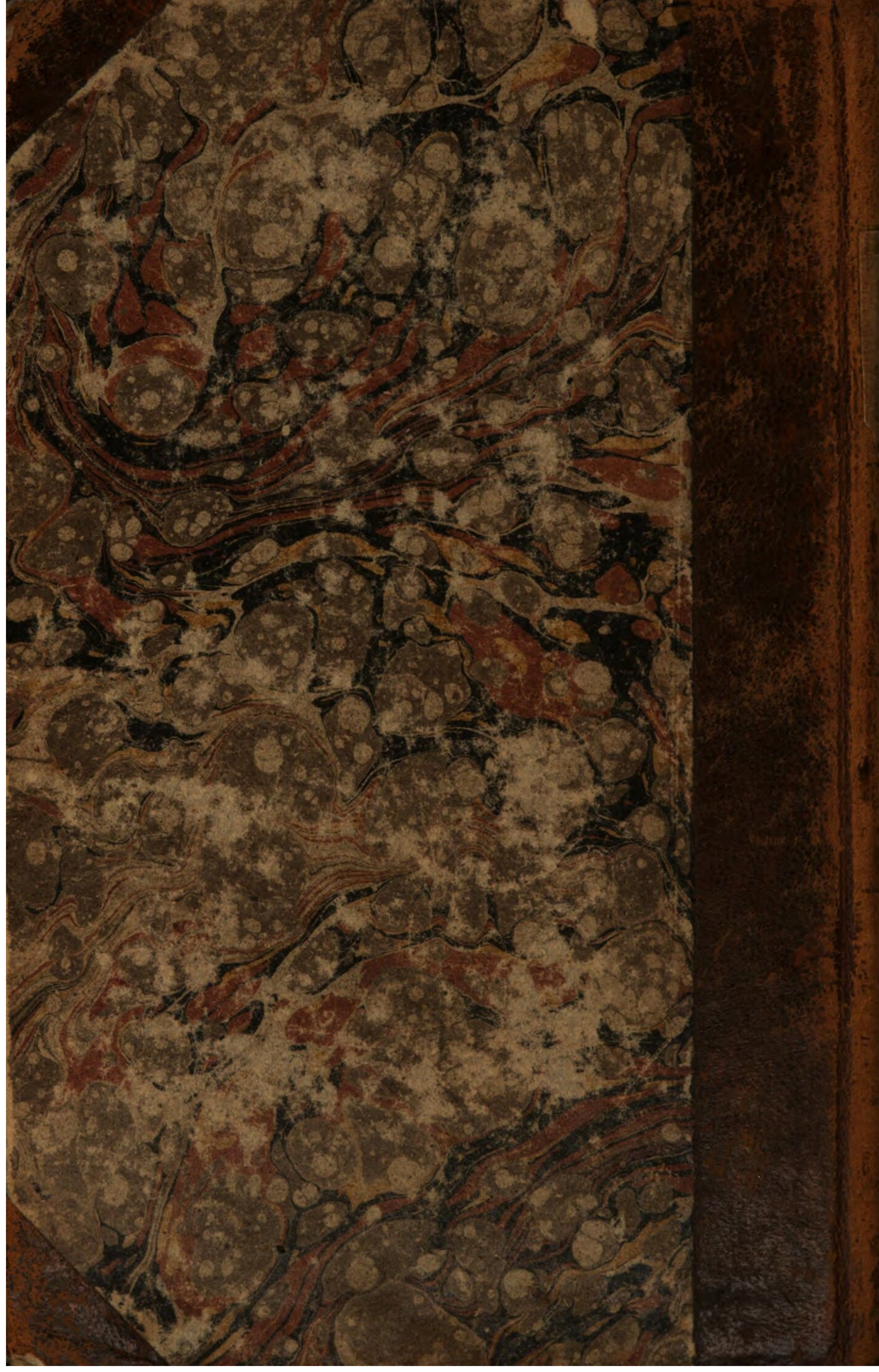
— 11. — 9. v. o.

— 16. — 3. 5. 8.

...
...
...

Druckfehler

...
Auf dem ersten Bogen ist überall Unregelmäßigkeit
...
...
...
...
...
...
...
...
...



Thibaut, Anton Friedrich Justus,

Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts

Altona 1806

J.rom.c. 310 wd

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565989-6